Die rechtliche Natur

der

gemeinrechtlichen Schmerzensgeldklage.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Gerichtsreferendar Hugo Bocksch

aus Bromberg (Provinz Posen).

Approbiert am 17. Oktober 1898.

Erlangen.

Bromberg.

Buchdruckerei von A. Dittmann.

1898.

Herrn Consistorialpräsidenten Kuttig

in Magdeburg

gewidmet.

Litteratur.

Seitz, Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage. Erlangen 1860 — besprochen von Stintzing in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, XIX. Band, S. 590—596.

Wächter, Die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen. 1878.

Dochow, Die Buße.

v. Elterlein, Abhandlung über das Schmerzengeld, in den Neuen Jahrbüchern für sächsisches Strafrecht, herausgegeben von Held, Siebdrat und Schwarze, II. Band, S. 115—138 und S. 171—195. Leipzig 1844.

Gaudlitz, Ueber Schmerzengeld, besonders nach neuerem königlich sächsischen Recht, in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, zunächst für das Königreich Sachsen, herausgegeben von Tauchnitz und Sperber, Neue Folge IV. Band, S. 342—370. Leipzig 1845.

Gensler, Theoretisch-praktische Bemerkungen über den Grund, das Objekt und die Gränze, der bei den Injurien vorkommenden ästimatorischen Klage, der Schmerzengeld-Forderung und der Klage aus dem Aquilischen Gesetz, im Archiv für die civilistische Praxis, I. Band, S. 143—155.

Dankwarth, Ueber das Schmerz-Geld. Rostock 1788 — besprochen von Klüber in der Kleinen Juristischen Bibliothek, IV. Band, S. 57—62. Erlangen 1789.

Quistorp, Ob derjenige, der ohne sein Verschulden verwundet oder geschlagen worden, unter dem Namen des Schmerzgeldes eine Vergütung zu fordern berechtigt sey? — in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener, mehrenteils unentschiedener Rechts-Materien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechtsgelahrtheit, 2. Auflage, S. 362—369. Rostock und Leipzig 1787.

Hellmann, Schmerzensgeld und Buße, im Archiv für die civilistische Praxis, 78. Band, S. 1—29.

Daniel Bernstein, De judicum circa torturam excedentium emenda. Leipzig 1683.
F. G. Rumpel, De pecunia doloris vom Schmerzgelde, praeside Petro Müllero J Cto. Jena 1686.
J. A. Friederich, De vulnerationum satisfactione e Germanorum legibus caute derivanda. Altorf 1781.
L. M. Schmidt, De crimine laesae sanitatis. Jena 1835.

Corpus juris civilis.
Savigny, System des heutigen Römischen Rechts.
Windscheid, Lehrbuch der Pandecten.
Dernburg, Pandecten.
Arndts, Lehrbuch der Pandecten.
Puchta, Pandecten.
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten.
Hellfeld, Jurisprudentia forensis.
Stobbe, Deutsches Privatrecht.
Gerber, Deutsches Privatrecht.
Gengler, Deutsches Privatrecht.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts.
Heilfron, Deutsche Rechtsgeschichte.
Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 6. Auflage 1894.
Wächter, Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht.
Quistorp, Grundsätze des deutschen Peinlichen Rechts.
Meister, Principia juris criminalis.
Binding, Die Normen und ihre Uebertretung.
Kohler, Deutsches Patentrecht.
Jhering, Der Kampf ums Recht.
Holtzendorff, Rechtslexikon.

Zöpfl, Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. nebst der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung. Heidelberg 1842.
Gobler. Interpretatio Constitutionis Criminalis Carolinae, Remus, Nemesis Carolina, herausgegeben von Abegg. Heidelberg 1837.
Der Sachsenspiegel, herausgegeben von Homeyer.

Das Rechtsbuch des Johann Purgoldt, herausgegeben von Ortloff, Sammlung deutscher Rechtsquellen, II. Band.
Chroniken der deutschen Städte vom 14. bis 16. Jahrhundert, XIV. Band — Die Chroniken der niederrheinischen Städte, Köln III. Band.
Tacitus, Germania.

Wesenbeck, Paratitla in Pandectas. Basel 1572.
Menochius, De arbitrariis judicum quaestionibus et causis libri duo. Köln 1574.
Farinacci, Praxis et theoricae criminalis libri duo. Frankfurt a. M. 1622.
Pufendorf, Observationes juris universae, tom IV.
Struve, Jurisprudentia Romano-Germanica forensis.
Voet, Commentarium ad Pandectas, tom. I, II.
Carpzov, Practica nova rerum criminalium.
Bocer, Disputationes. Tübingen 1612.
Schilter, Praxis juris Romani.
Berlich, Conclusiones practicabiles.
Stryk, Specimen usus moderni Pandectarum.
J. S. F. v. Böhmer, Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam.
J. S. F. v. Böhmer, Observationes ad Carpzovium.
J. H. Böhmer, Introductio in jus Digestorum.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
Oesterreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch.
Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.
Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen (1838).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Band VIII, S. 117.
" " " " Strafsachen, " XV, Nr. 108.
Seufferts Archiv, Band 1 Nr. 220, Band 4 Nr. 227, Band 8 Nr. 138, Band 25 Nr. 26, Band 27 Nr. 30, Band 32 Nr. 232, Band 47 Nr. 271, Band 49 Nr. 116.

Inhalts-Übersicht.

Einleitung.

Die heutige gemeinrechtliche Geltung der Schmerzensgeldklage ist auf Grund einer steten Praxis außer Zweifel und wird nur noch von wenigen bestritten.[1]) Die gegen diese gemeinrechtliche Geltung gemachten Einwendungen[2]) sind meist nur theoretischer Natur und können an der Thatsache, daß im Gebiete des gemeinen Rechts die Schmerzensgeldklage in fortwährender Anwendung steht, nichts ändern. Der Umstand ferner, daß mehrere deutsche Particularrechte[3]) den Anspruch auf Schmerzensgeld ausdrücklich beseitigt haben, ist ein Beweis dafür, daß die betreffenden Gesetzgeber diesen Anspruch als im gemeinen Rechte bestehend angesehen hatten. Dagegen ist die Ansicht des bayerischen Obersten Landes-Gerichts, daß in der Buße der §§ 188 und 231 des Reichsstrafgesetzbuches ganz allgemein der Anspruch auf ein Schmerzensgeld inbegriffen sei, und daß, weil die Reichsgesetzgebung den Landesrechten vorgehe, deshalb nunmehr für das Gebiet des ganzen deutschen Reiches ein Anspruch auf Schmerzensgeld rechtlich begründet sei, nicht zu billigen, und die Begründung dieser Ansicht ist durchaus unzureichend.[4])

Wie schon das thatsächliche Bestehen des Anspruches auf Schmerzensgeld bestritten ist, so ist die rechtliche Natur desselben noch viel zweifelhafter. Es stehen sich zwei Auffassungen gegenüber: die Schmerzensgeldklage ist eine Ersatzklage — die Schmerzensgeldklage ist eine Privatstrafklage. Um zu einer Lösung der Frage, welche Ansicht die richtige ist, zu gelangen, ist es erforderlich, zunächst auf die Geschichte des Schmerzensgeldes näher einzugehen.

---

[1]) Seufferts Archiv, Band 32 Nr. 232. — Glück, Commentar 9. Buch, 2. Titel § 705, 5. — Stryk, Usus mod. Pand. Lib. IX, Tit. II § 10. — Windscheid, Pandecten § 455, 7. — Quistorp, Peinliches Recht § 337.

[2]) Seitz, Untersuchungen, S. 109 ff. — Friedrich, Diss. de vulner. sat.

[3]) Württemberg, Baden, Schwarzburg-Rudolstadt. — vgl. Hellmann S. 3.

[4]) vgl. Hellmann.

Historischer Teil.

I. Römisches Recht.

Es ist herrschende Ansicht, daß den Römern eine Schmerzensgeldklage unbekannt war, und daß diese Klage im römischen Recht keine Begründung hat.[5]) Bei dieser Annahme nun stützt man sich meist auf die in den Quellen mehrfach ausgesprochenen Regeln: liberum corpus nullam recipit aestimationem, und cicatricum et deformitatis nulla fit aestimatio.[6]) Aus diesen beiden Sätzen allein aber darf nicht gefolgert werden, daß die Herleitung der Schmerzensgeldklage aus dem römischen Recht unrichtig ist. Man muß den Ausführungen von Seitz,[7]) daß diese Regeln sich nur auf eine aestimatio damni beziehen, und daß demzufolge bei einem liberum corpus nur eine aestimatio damni ausgeschlossen sei, beistimmen; denn bei den betreffenden Klagen, bei welchen diese Regeln aufgestellt sind, bildet ein damnum Klagevoraussetzung, handelt es sich um eine aestimatio damni, und an einer anderen Stelle heißt es: sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae.[8]) Wenn die herrschende Meinung also aus den eingangs angeführten Regeln die Unzulässigkeit einer Herleitung der Schmerzensgeldklage aus dem römischen Recht folgert, so setzt sie hierbei voraus, daß die Abschätzung von Schmerzen die Abschätzung eines Schadens sei, daß also Schmerzen ein Schaden seien, und ferner, daß diese Auffassung der Schmerzen als Schaden auch die römische Auffassung gewesen sei. Diese Folgerung

---

[5]) Seufferts Archiv, Band IV, Nr. 227: Bekanntlich ist dem römischen Recht eine Klage auf Schmerzensgeld fremd, und es konnte eine solche wegen Verletzung eines freien Menschen nur auf die Kosten der Heilung, den Ersatz der Versäumnisse des Verletzten und etwaigen Nachteils bei fernerer Betreibung seiner Geschäfte gerichtet werden. — Gensler S. 144. — Gaudlitz, S. 343/344. — Dankwarth. — Elterlein, S. 126 Anm. 20. — Arndts, Pandecten § 324. — Anderer Meinung sind: Quistorp, Beyträge, S. 367 — Seitz, S. 101 ff. — Rumpel, cap. I, th. 4.

[6]) L. 7 D. de his qui effuderint vel dejecerint 9,3. — L. 3 D. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur 9,1. — L. 2 § 2 D. de lege Rhodia 14,2. — L. 103 D. de verborum obligationibus 45,1.

[7]) Seitz, S. 101 ff.

[8]) L. 5 § 1 D. ad legem Aquiliam 9,2.

ist nur dann richtig, wenn auch die Voraussetzung richtig ist, d. h. wenn einmal Schmerzen wirklich als ein Schaden anzusehen sind, was jedenfalls vorher bewiesen werden müßte, und wenn zweitens auch die Römer Schmerzen als Schaden angesehen hätten. Dies letztere aber ist offenbar nicht der Fall; das Wort damnum bedeutete vielmehr bei den Römern immer nur einen Vermögensschaden.[9]) Aus diesen beiden Regeln ist also nur zu ersehen, daß die Römer bei den Schmerzen keine aestimatio damni zugelassen hätten, weil die Zufügung von Schmerzen keinen Vermögensschaden bedeute, keineswegs aber darf gefolgert werden, daß bei der Verletzung des Körpers eines freien Menschen im römischen Recht überhaupt keine aestimatio eintreten sollte; daß vielmehr das Gegenteil der Fall ist, erhellt aus einer anderen Quellenstelle.[10])

Aber selbst wenn man von diesen beiden Regeln ganz absieht, so wird sich doch aus dem römischen Recht kein Anspruch auf ein Schmerzensgeld herleiten lassen, weil in den Quellen nirgends von einer Berücksichtigung der Schmerzen die Rede ist. Aus einer Institutionenstelle [11]) kann man entnehmen, daß im alten Rom ein dem germanischen Compositionensystem ähnliches Institut bestanden hat. Zur Zeit der Zwölf Tafeln wurde bei Körperverletzungen

[9]) L. 3 D. de damno infecto 39,2: Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt.

[10]) L. 1 § 5 D. de his qui effuderint vel dejecerint 9,2: Sed cum homo liber periit, damni aestimatio non fit in duplum, quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest: sed quinquaginta aureorum aestimatio fit.

[11]) § 7 J. de injuriis 4,4 : Poena autem injuriarum ex Lege XII Tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariae poenae erant constitutae, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea Praetores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare: ut judex vel tanti (reum) condemnet: quanti injuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed poena quidem injuriae, quae ex Lege XII Tabularum introducta est, in desuetudinem abiit : quam autem Praetores introduxerunt (quae etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis vitaeque honestatem crescit aut minuitur aestimatio injuriae : qui gradus condemnationis et in servili persona non immerito servatur: ut aliud in servo actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimo vel compedito jus aestimationis constituatur.

schwererer Art — membrum ruptum — Wiedervergeltung geübt;[12]) bei Gliederbrüchen waren bestimmte Geldstrafen festgesetzt. Nach prätorischem Rechte konnten in allen Fällen die Geldstrafen auch ästimatorisch zugesprochen werden. Die Strafbestimmungen der Zwölf Tafeln gerieten in Vergessenheit und wurden durch die prätorischen ersetzt. Nirgends aber ist ausgesprochen, daß bei Festsetzung dieser Strafen auf die vermutliche Größe der von dem Verletzten erduldeten Schmerzen Rücksicht genommen wäre. Bei den genau festgesetzten Geldstrafen der Zwölf Tafeln kann hiervon keine Rede sein, aber es deutet auch nichts darauf hin, daß der Prätor dem Verletzten gestattet hätte, bei der Abschätzung der Körperverletzung auch den von ihm erlittenen Schmerz in Anrechnung zu bringen. Außerdem aber wurden, genau betrachtet, jene Geldstrafen gar nicht für die Körperverletzung als solche bezahlt, sondern für die Verletzung der Ehre.[13])

Wächter[14]) und Seitz[15]) wollen aus § 8 J. de injuriis 4, 4[16]) in Verbindung mit L. 5 § 1 D. de injuriis et famosis libellis 47,10[17]) den Schluß ziehen, daß die Schmerzensgeldklage im römischen Recht begründet sei, insofern als nämlich die Schmerzen bei der Bemessung der Strafe nach der lex Cornelia in Betracht gekommen wären. Die lex Cornelia bestrafte das pulsare, verberare und domum vi introire als Injurien. Nach der Legaldefinition ist der Unterschied zwischen pulsare und verberare folgender: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore. Wenn aber hier die Schmerzen berücksichtigt sein sollten, so müßte doch vor allem die mutmaßliche Größe derselben als Strafausmessungsmoment in Betracht gezogen

[12]) Gellius, Noctes Atticae lib. XX, cap. 1: Si injuriam alteri faxit viginti quinque aeris poenae sunto. Si membrum rupit, ni cum eo pacit talio esto.

[13]) Gensler, S. 144. — Gaudlitz, S. 344.

[14]) Wächter, Die Buße, S. 76.

[15]) Seitz, S. 110/111.

[16]) Sed et lex Cornelia de injuriis loquitur, et injuriarum actionem introduxit, quae competit ob eam rem, quod se pulsatum quis, verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta: sive gratis, sive hospitio, receptus sit.

[17]) Inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore.

werden, und davon ist nichts gesagt. Vielleicht soll nur eine, allerdings wenig glücklich gewählte, Grenze zwischen thätlicher Beleidigung und Körperverletzung leichtester Art einerseits und erheblicherer Körperverletzung andererseits aufgestellt oder gesagt werden, daß auch Körperverletzungen leichtester Art, die nur in einem pulsare beständen und gar keinen Schmerz verursachten, strafbar wären. Wächter geht allerdings nicht so weit, wie Seitz, welch letzterer behauptet, daß die Schmerzensgeldklage schon den Römern bekannt gewesen sei, daß schon in Rom die Schmerzen einen Klagegrund gegeben hätten. Seitz begeht hierbei den Fehler, an dem seine ganze Abhandlung, ebenso wie die Dissertation von Friedrich, leidet, daß er die Schmerzen als Wirkung nicht von der Körperverletzung als Ursache scheidet.[18]) Wächter sagt nur, daß bei dem dolosen Verbrechen der Injurie die von dem körperlich Verletzten erduldeten Schmerzen bei Ausmessung der Strafe in Betracht gezogen wären; eine besondere Schmerzensgeldklage dagegen nimmt er nicht an, d. h. eine Klage, bei welcher die erduldeten Schmerzen an sich den Klagegrund gegeben hätten, und mit der nur wegen der erduldeten Schmerzen eine Satisfaction verlangt worden wäre.

Endlich aber könnte man die Schmerzensgeldklage nur dann als in der lex Cornelia und überhaupt im römischen Recht begründet ansehen, wenn man ein Schmerzensgeld nur bei doloser, nicht aber auch bei culposer Körperverletzung zugiebt. Denn der Begriff der Körperverletzung als eines selbständigen Vergehens ist dem römischen Rechte fremd geblieben, die Körperverletzung geht hier vollständig auf in dem Begriffe der injuria,[19]) und die Voraussetzung der injuria ist dolus, da fahrlässige Injurien nicht denkbar sind. Da nun aber die herrschende Meinung die Schmerzensgeldklage auch bei fahrlässigen Körperverletzungen gewährt, so ist die Herleitung der Schmerzensgeldklage aus der Injurienklage hinfällig. Hiermit ist zugleich nachgewiesen, daß die Schmerzensgeldklage überhaupt im römischen Recht keinen Boden hat, denn die Voraussetzung des Schmerzensgeldanspruches ist eine Körperverletzung, gleichgültig ob diese aus Vorsatz oder aus Fahrlässigkeit begangen ist.

---

[18]) Seitz, S. 109/110.

[19]) Liszt, Strafrecht § 86 I.

II. Deutsches Recht.

Den Ursprung der Schmerzensgeldklage sucht man meist in den Artikeln 20 und 21 der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V., in denen bestimmt ist, daß der Richter, welcher einen Angeschuldigten widerrechtlich habe foltern lassen, gehalten sei, demselben „seiner Schmach, Schmertzen, Kosten und Schaden der Gebür Ergetzung zu thun". Jedoch finden sich Spuren eines Schmerzensgeldanspruches schon im 15. Jahrhundert,[20]) und jene Bestimmung der Carolina ist wohl nur als eine Bestätigung schon bestehender deutscher Rechtsideen anzusehen. So wird in einer Kölner Chronik beim Jahre 1431 berichtet, daß einem zu Unrecht Gefolterten ein Schmerzensgeld von 10 Gulden zugesprochen wurde.[21]) Im altdeutschen Recht findet sich keine Erwähnung des Schmerzensgeldes,[22]) auch der Sachsenspiegel kennt es noch nicht. Die bei Körperverletzungen an den Verletzten zu zahlenden Bußen hatten genau bestimmte Taxen, die sich in ihrer Höhe nach der Wichtigkeit des verletzten oder verlorenen Gliedes oder Organs, also nach der hervorgerufenen Minderung des Personen-

---

[20]) Johann Purgoldt, Das Rechtsbuch IV, 24: Fellet ein man in eine gruben ader in einen bornn, die unvorblichet stet, und brichet ein beynn, ader eynen arm, ader wirdet wundt, der die grube von rechte bewerckenn solde, der muß ome den arczt abelegenn und kost und seinen schaden, aber umb seynen schmerczen darff er om nichts thun, noch busenn, noch dynenn, umbe das er sich selber solde habe bewart und vorgesehenn. Wer er aber blindt gewest, oder krankes gesichts, so muss ome, der die gruben gemacht hette, darum eczwas vor seinen schadenn und schmerczenn geben, noch dem also die scheppen das bilichtenn. Wer auch der stadt geboth und gesecze daruber geschenn, oder wer es om von deme richter gebothen zu bewarenn, er muste der stadt oder dem gerichte das bey der gewonlichen busse vorbussen, umb das er es nicht bewerket hette, alss er solde. Dit is der stat recht unnd gut recht.

[21]) Städtechroniken, XIV. Band, S. 768/769: . . . Die scheffen vergaissen ir vurgeloefte ind pingenden den boden nae keiserlichen rechten ind wart sere verbrant ind gepinget me dan zo einre zit, buissen unser heren urlouf vanme rade up des clegers sleichte wort, ind dat weirte wail ein half jair. — Do wart bedebingt, dat men die artzedie ind cost deme boden, die he ein half jair, as he gefangen gewest was, belegen solde, ind vur sinen smertzen 10 gulden bekant zo geven.

[22]) Vgl. Elterlein, S. 125: Die Gesetze der alten Deutschen kennen dieses Institut nicht, und es läßt sich auch bei der Handlungs- und Denkungsweise dieses kräftigen Kriegervolkes gar nicht anders erwarten, als daß sie für erduldeten Körperschmerz eine Bezahlung zu verlangen, nicht für schimpflich gehalten haben sollten.

wertes, richteten[23]) und häufig nach Quoten des Wergeldes,[24]) d. h. der für die Tötung eines Freien an dessen Sippe zur Abwendung der faida zu zahlenden Sühne, bestimmt wurden.[25]) Von einer Berücksichtigung der Schmerzen des Verletzten kann daher keine Rede sein. Wenn infolge der Körperverletzung der Verletzte zur Ausübung gewisser ausgezeichneter Kunstfertigkeiten unfähig geworden war, z. B. wenn ein Schreiber durch Verlust des rechten Daumens zur Ausübung seines Berufes unfähig geworden war, so trat nach den meisten Volksrechten eine den Verhältnissen entsprechende Erhöhung der Buße ein.[26])

Die Privatbußen verschwinden gegen Ende des Mittelalters, und an ihre Stelle traten Geldstrafen, welche statt an die Parteien an den Richter zu zahlen waren.[27]) Nur in Sachsen erhielten sich die Privatbußen,[28]) jedoch wurde für Kursachsen durch die Constitutionen von 1572 bestimmt, daß sie vom Gericht nach freiem Ermessen festgesetzt werden sollten, während die bisher üblichen Taxen in Fortfall kamen.[29]) In dieser Gestalt haben sie sich im heutigen Königreich Sachsen bis in die neueste Zeit erhalten. Daß aber der Richter bei seinem freien Ermessen auch die von dem Verletzten erlittenen körperlichen Schmerzen in Betracht ziehen sollte, ist auch in diesen Constitutionen nicht bestimmt.

Das erste Gesetz, welches der Schmerzen Erwähnung thut, ist die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.[30]) In den beiden Vor-

---

[23]) Lex Saxonum tit. 1, — lex Burgundionum tit. 58, — lex Salica tit. 20.

[24]) Tacitus Germania, cap. 21: Suscipere tam inimicitias seu patris, seu propinqui, quam amicitias, necesse est. Nec implacabiles durant. Luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus.

[25]) Sachsenspiegel II, 16.

[26]) Lex Angliorum et Werinorum tit. V. n. 20: Qui harpotorem, qui cum circulo harpare potest, in manum percusserit, componat illum quarta parte majori, quam alterum ejusdem conditionis hominem. Aurifices similiter. Foeminas fresum facientes similiter.

[27]) Die Gründe hierfür siehe bei Seitz, S. 130/131.

[28]) Carpzov, Practica nova, qu. 99 n. 31 sqq.

[29]) Constitutiones Electorales Saxonicae 1572, Pars IV, const. 42.

[30]) C.C.C. Art. 20. Das ohn redlich Anzeygung niemandt soll peinlich gefragt werden. — Item, wo nit zuvor redlich Anzeygung der mißthat, darnach man fragen wolt, vorhanden und beweist würde, soll niemants gefragt werden, unn ob

läufern dieses Gesetzbuchs, der Bamberger (mater Carolinae) und der Brandenburger (soror Carolinae) Halsgerichtsordnung, finden sich die entsprechenden Bestimmungen noch nicht. Die Artikel 28 dieser beiden Gesetzbücher enthalten nur den ersten Satz des in der Carolina ihnen entsprechenden Artikels 20. Auch dem ersten Project der Carolina vom Jahre 1521 sind sie fremd.[31]) Es läßt sich nicht ermitteln, auf welche Weise diese eigenartige Bestimmung in das zweite, im Jahre 1529[32]) auf dem Reichstage zu Nürnberg festgestellte Project gelangt ist. Seitz nimmt an, daß dieser Entwurf einer Commission sächsischer Juristen zur Beratung vorgelegen habe, und daß auf deren Veranlassung die betreffenden beiden Sätze eingeschaltet worden seien.[33]) Dies ist aber nicht beweisbar. —

Jedenfalls hat der Gerichtsgebrauch eine extensive Interpretation der Bestimmungen dieser beiden Artikel vorgenommen und also für die Schmerzensgeldklage ein gemeines Gewohnheitsrecht geschaffen. Seitz (und Schmid)[34]) wenden gegen diese extensive Interpretation ein, daß es sich in der Carolina um ein Amtsvergehen handele, Amtsvergehen aber unterlägen stets einer strengeren Bestrafung, deshalb könne eine Analogie auf nichtrichterliche Vergehen nicht gebilligt werden. Ferner

---

auch gleichwohl, auß der marter die mißthat bekannt würde, so soll doch der nit geglaubt, noch jemandts darauff verurtheylt werden. Wo auch eynige Oberkeyt oder Richter um sollichen überfürn, Sollen die, dem so also wider Recht, ohn die bewisen anzeygung, gemartert wer, seiner schmach schmertzen, kosten und schaden der gebür ergetzung zu thun schuldig sein. Es soll auch keyn Oberkeyt oder Richter inn disem Fall, keyn urphede helffen schützen oder schirmen, das der gepeinigt sein schmach, schmertzen, kosten und schaden, mit Recht, doch alle thätliche Handlung außgeschlossen, wie recht, nit suchen möge. — Art. 21 Von Anzeygung, der mit zauberei warzusagen understehn: Item es soll auch auff der anzeygen, die auß Zauberei oder ander künsten warzusagen sich anmassen, niemants zu gefengnus oder peinlicher frag, angenommen, sondern dieselben angemasten warsäger und ankläger sollen darumb gestrafft werden. So auch der Richter darüber auff solche der warsager angeben, weiter fürfüre, soll er dem Gemarterten, kosten, schmertzen, iniurien und schaden, wie inn nechst obgesatztem artickel gemelt, abzulegen schuldig sein,

[31]) Zöpfl, S. 12 und S. 123.

[32]) Nach Liszt, Strafrecht, wurde der II. Entwurf im Jahre 1524 zu Nürnberg festgestellt; der Entwurf vom Jahre 1529 ist der III. und wurde auf dem Reichstage zu Speyer festgestellt.

[33]) Seitz, S. 117.

[34]) Seitz, S. 118/119. — Schmid, diss. de crim. laesae sanitatis § 18.

sei schon in dieser Bestimmung der Carolina eine Singularität enthalten, da sonst Privatbußen in Deutschland mit Ausnahme der Länder sächsischen Rechts nicht mehr in Uebung waren und auch von der Carolina nicht sanctioniert wurden; Rechtssingularitäten aber ließen eine extensive Interpretation nicht zu.[35]) Hiergegen ist zu sagen, daß es gänzlich unbewiesen ist, daß die Carolina das Schmerzensgeld als eine „Privatstrafe, welche die Stelle der öffentlichen Strafbefugnis des Staates vertreten sollte" aufgefaßt hat, daß sie also in der Sanctionierung oder Begründung eines Anspruchs auf Schmerzensgeld gegenüber dem Verschwinden der Privatbußen im gemeinen Recht eine Singularität geschaffen hat. In welchem Sinne die Carolina die Schmerzensgeldklage aufgefaßt habe, ob als Strafklage oder als Ersatzklage, ist nicht ersichtlich.[36]) — Seitz will der Schmerzensgeldklage überhaupt keine gesetzliche Grundlage zugestehen, weil, nachdem die Tortur überall aufgehoben, der einzige Fall eines Anspruches auf Schmerzensgeld nicht mehr gegeben sei.[37]) Hierbei jedoch nimmt er an, daß die Carolina eine besondere Schmerzensgeldklage geschaffen habe, was sehr zu bezweifeln ist: vielmehr bildete die Berücksichtigung der Schmerzen nur eines der Ausmessungsmomente für die Höhe der „Ergetzung", und konnte eine Ergetzung der Schmerzen nur zugleich mit einer Ergetzung der Schmach, Kosten und Schaden eingeklagt werden.[38]) Hier nun ist eine Analogie sehr gerechtfertigt. Warum sollten nur bei Körperverletzungen, die durch den Richter veranlaßt sind, die Schmerzen in Anrechnung kommen? Daß zuerst bei der Folter der Gedanke einer Ergetzung auch wegen der Schmerzen entstanden ist, läßt sich vielleicht auf folgende Weise erklären: Der Inquisitionsprozeß hatte zur nächsten Folge eine raffinierte Ausbildung der Tortur. Man könnte beinahe sagen, daß die damalige Zeit eine bewundernswerte Geschicklichkeit gehabt habe, an Grausamkeit und Unmenschlichkeit das Unerdenklichste zu leisten. Da es aber eben hierbei hauptsächlich auf die Zufügung von Schmerzen abgesehen war, und da die heftigsten Schmerzen ohne eine nennenswerte Körperverletzung verursacht werden können, so wäre dem zu Unrecht Gemarterten in vielen Fällen gar

[35]) Seitz, S. 118.

[36]) Wächter, Die Buße, S. 78.

[37]) Seitz, S. 119.

[38]) Wächter, Die Busse, S. 81.

keine angemessene Ergetzung zu teil geworden, wenn man bei deren Bemessung die erlittenen Schmerzen außer Betracht gelassen hätte.[39]) Es scheint dies zwar wieder für eine Beschränkung des Schmerzensgeldes auf den Fall der Tortur zu sprechen: allein, wenn vielleicht auch bei der Tortur zuerst erkannt wurde, daß die Schwere einer Verletzung und die Größe der aus derselben entstehenden Schmerzen durchaus nicht immer einander entsprechen, und wenn man hieraus die Consequenz zog, daß dem unschuldig Gemarterten nur dann volle Genugthuung zu teil werde, wenn bei deren Zumessung auch die erlittenen Schmerzen in Anschlag kämen, so muß man doch die hier gemachte Beobachtung und die daraus gezogene Consequenz auch auf andere Fälle der Körperverletzung ausdehnen. Die Berücksichtigung der Schmerzen ist eine Forderung der Billigkeit, und schon um deswillen muß man eine analoge Ausdehnung der in der Carolina hierüber gegebenen Bestimmungen zulassen.

Die Juristen des 16. Jahrhunderts sprechen jedoch trotz dieser beiden Artikel der Carolina nie von einem Schmerzensgelde.[40]) Im Gegenteil scheinen sie ihm die Anerkennung zu versagen, da sie selbst in den Schriften, in denen sie die actio injuriarum oder die actio legis Aquiliae oder die Bußtaxen des sächsischen Rechts ausführlich behandeln, der Schmerzen mit keinem Worte Erwähnung thun. Die actio legis Aquiliae utilis beschränken sie ganz dem römischen Recht entsprechend auf Ersatz wegen Kurkosten und Arztlohnes, sowie wegen entgangenen Arbeitsverdienstes und Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit.[41]) Eine besondere Schmerzensgeldklage aber erwähnt Heinrich

---

[39]) Elterlein, S. 126.

[40]) Wesenbeck, Paratitla in Pandectas. — Farinacci, Praxis et theorica criminalis. — Menochius, De arbitrariis judicum quaestionibus et causis. — Berlich, Conclusiones practicabiles V, concl. 59—70. — Grotius, Introductio in jus Belgicum l. 3 cap. 34. — Vgl. Wächter, Die Buße, S. 78/79.

[41]) L. 7 D. de his, qui effuderint vel dejecerint. 9,3: Cum liberi hominis corpus ex eo, quod dejectum effusumve quid erit, laesum fuerit, judex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt: praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est, ob id, quod inutilis factus est. Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationen. — L. 13 D. ad legem Aquiliam 9,2: Liber homo, suo nomine utilem Aquiliae habet actionem : directam enim non habet quoniam dominus membrorum suorum

Bocer, ein württembergischer Jurist (gest. 1630.) Er läßt gleichfalls bei der actio legis Aquiliae utilis die Beschränkungen des römischen Rechts bestehen und hebt sogar noch besonders hervor, daß mit dieser Klage ein Schmerzensgeld nicht gefordert werden dürfe.[42]) In einer späteren Auflage seines Werkes jedoch sagt er, daß dann, wenn wegen der Schmerzen allein geklagt werde, ein Schmerzensgeld gewährt werde. Zu diesem Zusatze ist er wohl durch zwei Urteile der höheren württembergischen Gerichte aus dem Jahre 1614, die er auch an der betreffenden Stelle anführt, bewogen worden. Auch Carpzov läßt die Aquilische Klage nur in dem angegebenen Umfange zu; jedoch habe nach sächsischem Particularrechte, wo, wie erwähnt, die Privatbußen bei Körperverletzungen sich länger als im übrigen Deutschland erhalten hatten, der Verletzte bei Geltendmachung dieses Anspruches auf Privatbuße auch Berücksichtigung seiner Schmerzen verlangen können.[43]) Carpzov kennt also eine besondere Schmerzensgeldklage nicht. Dasselbe gilt von Schilter.[44])

Die späteren Schriftsteller nach Carpzov nehmen beinahe durchgehends eine Berücksichtigung der Schmerzen an, jedoch vereinigen sie das Recht auf Genugthuung wegen der Schmerzen mit dem Rechte auf Ersatz des Vermögensschadens, nicht, wie Carpzov es gethan hatte, mit dem Anspruch auf eine Buße. Die außersächsischen Juristen

nemo videtur. — L. 3 D. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur 9,1: Ex hac lege jam non dubitatur, etiam liberarum personarum nomine agi posse: forte si patremfamilias aut filiumfamilias vulneravit quadrupes. Scilicet, ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum, et operarum amissarum, quasque amissurus quis esset, inutilis factus.

[42]) Bocer, Disputationes Cl. IV, disp. II th. 35: Cicatricum autem et deformitatis ratio haberi in hac actione non debet. Proinde nec doloris sive cruciatus, quo laesus affectus fuit. Cum enim nec ipsius corporis necve cicatricum nec deformitatis aesimatio fiat, cur doloris et cruciatus haberi ratio deberet? maxime cum hic de aestimatione damni agatur. Errant itaque indocti Rabulae forenses quando in libello actionis legis Aquiliae. Für empfangenen Schaden und Schmerzen einen Abtrag begehren. — Quid vero, si in libello doloris (des Schmerzens) solum fiat mentio? an quis damnum intellexisse censeatur. Ita dicunt, et sic judicatum.

[43]) Carpzov, Practica nova. quaest. 99 n. 7—27, n. 29, n. 43.

[44]) Schilter, Exercitationes (Praxis juris Romani); exerc. XIX § 14; § 15: Buſſe seu emenda est poena parti debita pro injuria et doloribus.

mußten dies schon um deswillen thun, weil eben außerhalb des sächsischen Rechtsgebietes keine Privatbußen mehr bestanden, wenn sie nicht eine besondere Schmerzensgeldklage construieren wollten. Besonders war es von großem Einfluß, daß Struve in seinem sehr verbreiteten Werke: Jurisprudentia Romano-Germanica forensis bei der Lehre von der actio legis Aquiliae hervorhob, daß bei dieser Klage, abweichend vom römischem Recht, nach geltendem Rechte auch die Schmerzen, Narben und Entstellungen in Anrechnung kämen.[45]) Ebenso sprechen die meisten späteren Juristen, namentlich Samuel Stryk[46]) und Justus Henning Böhmer[47]) von der Berücksichtigung der Schmerzen bei der actio legis Aquiliae utilis als von einem feststehenden allgemeinen Gewohnheitsrechte. Man stützte sich hierbei auf die erwähnten

---

[45]) Liber III tit. 23 § 20: Vindicabatur hoc olim per legem Aquiliam, uti ad illum Titulum Digestorum exponitur. Hodie damnum illatum aestimatur, et ad eius reparationem agitur; sic si vulneratus quis sit non solum mercedes Medicis et chirurgis praestitae, aut operae, quibus quis caruit aut cariturus est, ob vulnus, in hanc aestimationem venire solent, sed et doloris et cicatricum atque deformitatis ratio habetur, si id nominatim petat vulneratus.

[46]) Usus mod. Pand., Lib. IX tit. II § 10: Hoc quoque ad usum fori pertinet, quod is, qui alterum vulneravit, non tantum ad impensas Medicorum, et mercedem operarum, quibus caruit et cariturus est; teneatur, sed simul in certam pecuniam pro pensando dolore zu einem gewissen Schmertzen-gelde condemnetur, de cujus justitia merito dubitari poterat. Certe doloris aestimationem per se nullam esse posse, unusquisque fatebitur. Cum enim vulnera ipsa aestimationem in libero homine non recipiant, nec dolor ex vulneribus ortus aestimari poterit. . . . Interim tamen, cum augeatur damnum homini illatum ex doloribus, non iniqua est illa praxis, quae pro qualitate vulneris aliquam dolorum aestimationem admittit, arbitrio Judicis determinandam, quae res fundamentum habet in Const. Crim. Car. art. 20, ubi Judex ob torturam inique illatam, etiam in compensationem doloris ad arbitrariam quandam satisfactionem condemnari potest, ob verba d. art. 20: Seiner Schmach, Schmertzen, Kosten und Schaden der Gebühr Ergetzung zu thun schuldig seyn.

[47]) Introductio in jus Degistorum, Lib. tit. II, 9 (IV): Damna in re aestimabili data: hinc si corpus liberi hominis laesum, ex aequitate utilis dabatur. — Quin et moribus in certam pecuniam, pro pensando dolore, condemnatio fieri solet. — Voet, Comm. ad Pand. IX, 2 n 11. — J. S. F. von Böhmer, Observ. ad Carpzovium, qu. 99 abs. 1. — Meister, Princ. juris crim. § 173. — Koch, Just. jur. crim § 426 — Quistorp, Peinl. Recht § 337.

Bestimmungen der Carolina und ist sich des Gegensatzes zu dem römischen Recht wohl bewußt[48])

Seitdem wurde auch in mehreren Particularrechten der Anspruch auf ein Schmerzensgeld in Fällen widerrechtlicher Körperverletzung gesetzlich sanctioniert. Das erste Gesetz, welches ein Schmerzensgeld gewährt, ist das kurfürstlich sächsische geschärfte Duellmandat vom 2. Juli 1712; es ist dies auch das erste Gesetz, welches den Ausdruck „Schmerzensgeld" brauchte.[49]) Mit gewissen, später zu erwähnenden Beschränkungen wurde das Schmerzensgeld auch in das preußische Allgemeine Landrecht vom 1. Juni 1795 aufgenommen.[50]) Es ist ferner bestätigt in § 1325 des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vom 1. Juni 1811, den Artikeln 140—143 des sächsischen Criminalgesetzbuchs vom 30. März 1838, § 111 des sächsischen Militärstrafgesetzbuchs vom 5 April 1838 und § 1489 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, § 847, kennt ein Schmerzensgeld.

[48]) Wenn Seitz, S. 132/133 der äußerst dürftigen und inhaltslosen Dissertation von Rumpel eine hervorragende Bedeutung beilegt, so ist dies schon um deswillen verfehlt, weil Rumpel gar keine selbständige Arbeit geliefert, sondern sich darauf beschränkt hat, das, von seinen Vorgängern Gefundene zusammenzuschreiben. Die wichtigste Stelle der Arbeit ist wörtlich aus Struve, Jurisprudentia, Romano-Germanica forensis abgeschrieben.

[49]) „Ueberdieß ist noch ferner bei deren Thätigkeiten generaliter zu beobachten, daß wenn etwa zugleich eine Verwund- und Verletzung am Leibe geschehen wäre, das Heilerlohn und Schmerzegeld, item da der Beschädigte dadurch an seiner Gesundheit, Fortsetzung seines Berufs und Nahrung auf künftig Gebrauch, Nachteil und Abgang zu gewarten haben möchte, dieserwegen zulänglicher Ersatz absonderlich noch von dem Beleidiger oder dessen Erben, weil die Suchung dergleichen Satisfaction als eine actio ad interesse pro transitoria ad heredes billig zu achten, abgestattet und vergnüget werden soll."

[50]) A. L. R. Teil I. Tit. 6 §§ 112—114.

Dogmatischer Teil.

I. Begriff, Umfang und Voraussetzungen des Schmerzensgeldes; Festsetzung seiner Höhe.

a) Begriff und Umfang.

Unter Schmerzensgeld[51]) versteht man eine Summe Geldes, welche einem schuldhafterweise körperlich Verletzten wegen der infolge der Verletzung erlittenenen körperlichen[52]) Schmerzen von dem Urheber der Verletzung zu zahlen ist. Zu unterscheiden ist ein engerer und ein weiterer Begriff des Schmerzensgeldes. Der weitere Begriff liegt den Bestimmungen des sächsischen Criminalgesetzbuches von 1838 zugrunde. Hiernach umfaßt das Schmerzensgeld im weiteren Sinne außer dem Schmerzensgelde im engeren Sinne das Wergeld, d. i. eine Vergütung für die nachteiligen Folgen der Körperverletzung auf die Integrität des Körpers, den altgermanischen Bußen entsprechend, und das Schädengeld, d. i. eine Vergütung für die nachteiligen Folgen der Körperverletzung auf die künftigen Lebensverhältnisse des Verletzten.[53]) Bei dem Begriffe des Schmerzensgeldes im engeren Sinne ist es zweifelhaft, ob nur diejenigen mit der Körperverletzung verbundenen Schmerzen, welche der Verletzte durch die Verletzung selbst und schon im Augenblick der Zufügung derselben empfunden hat, unter diesen Begriff fallen, oder aber auch diejenigen, welche erst später entstanden

---

[51]) Rumpel, Cap. I. thes. III: Pecunia doloris est quantitas ob cruciatum corporis ab alio illatum ei, qui illum injuste perpessus est. — Wächter, die Buße, S. 73. — Dankwarth, S. 7. — Gaudlitz, S. 343.

[52]) Rumpel, Cap. I. thes. II: Doloris vox refertur tam ad animi, quam corporis cruciatus.

[53]) Elterlein, S. 177/178.

sind, sich aber auf die Körperverletzung zurückführen lassen, und zwar entweder als natürliche Folge derselben, oder als Folge einer notwendig gewordenen ärztlichen Kur.[54]) Da jedoch diese letzteren sich als eine mittelbare Folge der Körperverletzung darstellen, und da der Verletzer für alle aus seiner That entsprungenen Folgen aufzukommen hat, so wird man den Anspruch auch auf die Vergütung dieser Schmerzen auszudehnen haben, obwohl andererseits nicht zu verkennen ist, daß deren Schätzung besondere Schwierigkeiten bereitet, und daß aus diesem Grunde eine Beschränkung des Schmerzensgeldanspruches anzunehmen wäre. So hat man also unter dem Schmerzensgelde eine Summe Geldes zu verstehen, die dem Verletzten wegen aller mit der Körperverletzung verbundenen Schmerzen zu zahlen ist. Selbstverständlich bleiben außer Betracht solche Schmerzen, welche durch ungeschickte Behandlung seitens des Arztes oder durch unangemessenes Verhalten des Patienten verursacht worden sind, bezw. die Schmerzen, soweit sie durch diese Umstände vergrößert worden sind. Eventuell können Schmerzen der ersteren Art einen Anspruch gegen den ungeschickten Arzt begründen.[55]) Die Frage, ob auch für Schmerzen, die erst später aus einer Körperverletzung hervorgehen werden, ein Schmerzensgeld schon vorher gefordert werden könne, bezw. ob bei Festsetzung der Schmerzensgeldsumme auch auf solche erst zukünftig entstehenden Schmerzen Rücksicht genommen werden könne, ist an sich wohl zu bejahen, weil auch sie sich als eine Folge der Körperverletzung darstellen, und weil die Aquilische Klage, von der man auf die Schmerzensgeldklage analog schließen könnte, einen Ersatz auch wegen zukünftigen Vermögensschadens gewährt:[56]) Die Abschätzung dieser Schmerzen indessen unterliegt naturgemäß besonderen Schwierigkeiten.

b) Voraussetzungen.

Voraussetzung des Schmerzensgeldes ist eine Körperverletzung, welche Schmerzen verursacht. Nicht erforderlich ist, daß das specielle Delict der Körperverletzung vorliege, sondern ein Schmerzensgeld ist

[54]) Elterlein, S. 179/180.

[55]) Rumpel, cap. III thes. VII.

[56]) Glück, Commentar § 702.

auch möglich bei anderen Delicten, welche mit einer Verletzung der körperlichen Integrität verbunden sind. Der im Reichsstrafgesetzbuch festgelegte Begriff der Körperverletzung hat einen subsidiären Charakter, indem die Körperverletzung nur dann als selbständiges Vergehen bestraft wird, wenn sie nicht eines der Thatbestandsmomente eines anderen schwereren Delicts bildet. So sind Raub und Notzucht fast stets mit einer Körperverletzung verbunden. Der Raufhandel setzt immer eine Körperverletzung voraus; auch Brandstiftung, Aufruhr, Widerstand gegen die Staatsgewalt werden häufig Körperverletzung zur Folge haben. Ein Schmerzensgeld wird in allen Fällen einer mit körperlichen Schmerzen verbundenen Verletzung der körperlichen Integrität eines Menschen gewährt. Bei der Verletzung eines gefühlstoten Gliedes oder sonstigen Körperteils besteht demnach kein Anspruch auf Schmerzensgeld. Möglich ist es auch, daß Verbalinjurien körperliche Schmerzen zur Folge haben, wenn nämlich der Beleidigte infolge des durch die Beleidigung verursachten Kummers krank wird.[57]) Dagegen wird man andererseits einschränkend bei denjenigen Körperverletzungen, welche unzweifelhaft den Tod zur Folge haben werden, ein Schmerzensgeld nicht gewähren.[58])

Ein weiteres Erfordernis ist, daß die fragliche Körperverletzung ihre Ursache in dem schuldhaften Verhalten eines Menschen habe, daß sie sich auf dolus oder culpa einer Person zurückführen lasse.[59]) Man denke sich den Fall, es habe jemand einen Menschen aus Feuersgefahr errettet und bei der Rettungshandlung schmerzhafte Brandwunden erlitten. Der Retter wird aus den Gesichtspunkten der negotiorum gestio wohl einen Anspruch auf Entschädigung wegen der etwa beschädigten Kleidungsstücke, sowie, wenn er infolge der Brandwunden arbeitsunfähig gewesen ist, wegen entgangenen Arbeitsverdienstes, ferner wegen etwa eingetretener geminderter Erwerbsfähigkeit haben, und dies wohl auch dann, wenn der Gerettete einen Selbstmordversuch begangen hatte: ein Schmerzensgeld aber wird man ihm nicht zubilligen. Bei einer Verletzung im Zweikampf kann ebenfalls kein Schmerzensgeld beansprucht werden: es liegt hier zwar eine

[57]) Gensler, S. 151, ist in diesem Falle gegen ein Schmerzensgeld.

[58]) Gaudlitz, S. 360/361.

[59]) Elterlein, S. 173. — Dankwarth, S. 13. — Gaudlitz, S. 347.

schuldhafte Handlung einer Person vor, aber der Verletzte befindet sich ebenfalls in Schuld, es stand bei ihm, den Zweikampf abzulehnen und so seine Verwundung zu vermeiden. Es schließt überhaupt eigenes Verschulden den Anspruch auf Schmerzensgeld aus; namentlich hat der Urheber eines Streites kein Schmerzensgeld zu fordern.[60]) Ebenso ist derjenige, der durch eine Notwehrhandlung einem andern, welcher zur Notwehr Veranlassung gegeben hat, eine schmerzhafte Körperverletzung beigebracht hat, zur Zahlung eines Schmerzensgeldes nicht verbunden, selbst dann nicht, wenn ein Exceß der Notwehr stattgefunden hat.[61]) Ein Anspruch findet schließlich auch dann nicht statt, wenn der Verletzte durch sein fahrlässiges Verhalten selbst erst die nachteiligen Folgen einer an sich unschädlichen Handlung eines Dritten verursacht hat, wenn er z. B. trotz Warnung die Schießstände der Truppen betritt und dort von einer Kugel getroffen wird.[62])

Weil Verschuldung Voraussetzung des Schmerzensgeldes ist, so ist bei einer Handlung, welche an sich betrachtet als ein Delict erscheint, deren Strafbarkeit aber infolge der Unzurechnungsfähigkeit des Thäters entfällt, kein Schmerzensgeldanspruch begründet, weil ein Delict einen Unzurechnungsfähigen weder civilrechtlich noch criminalrechtlich verantwortlicht macht.[63]) Es sind also Geisteskranke, Kinder und in den

[60]) Elterlein, S. 194/195. — Dankwarth, S. 16. — Gaudlitz, S. 351. — Quistorp, Beyträge, S. 368. — Sächs. Crim.-Gesetz-Buch, Art. 143. — Seitz dagegen gesteht nur ein Compensation bei gegenseitigen Thätlichkeiten zu; vgl. S.190/191. — Manche Schriftsteller setzen an Stelle des auctor rixae den auctor pugnae, d. i. denjenigen, welcher bei einem entstandenen Streite zuerst Thätlichkeiten gegen den andern verübt hat, hauptsächlich weil sich in den meisten Fällen leichter ermitteln lasse, wer auctor pugnae, als wer auctor rixae sei; so Gaudlitz, S. 351/352. — Pufendorf, obs. 52.

[61]) Elterlein, S. 195. — Rumpel, cap. II. thes. VI. — Gaudlitz, S. 352. — Dankwarth, S. 13/14. — Seitz, S. 190.

[62]) Gaudlitz, S. 351.

[63]) L. 5 § 2 D. ad legem Aquiliam 9,2: Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum: cessabit igitur Aquilia actio: quemadmodum si quadrupes damnum dederit, (Aquilia cessat), (aut) si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quod si impubes fecerit id, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit jam injuriae capax. — L. 3 § 11 D. de Senatusconsulto Silaniano 29,5: Furiosos excipi,

meisten Fällen auch Trunkene zur Zahlung eines Schmerzensgeldes nicht verbunden. Dankwarth, der in diesem Falle aus vermeintlicher Billigkeit dem Beschädigten wie Vermögensersatz, so auch Schmerzensgeld gewähren will, hat die gemeine Meinung gegen sich.[64])

Zu bemerken ist noch, daß eine Überschreitung des an und für sich zustehenden Züchtigungsrechtes, wenn sie eine schmerzvolle Verletzung zur Folge hat, den Anspruch auf Schmerzensgeld begründet, weil eben in dieser Überschreitung eine Verschuldung liegt.[65]) Wenn eine schmerzhafte Körperverletzung durch Tiere hervorgerufen ist, so tritt gleichfalls eine Haftung gemäß den allgemeinen Grundsätzen ein.[66])

Von besonderer Wichtigkeit ist es, daß eine Schmerzensgeldklage nicht nur bei vorsätzlicher, sondern auch bei fahrlässiger Körperverletzung begründet ist. Es ist gezeigt worden, daß die Schmerzensgeldklage ihren Ursprung aus der Carolina herleitet. Hier ist aber nicht gesagt, daß die Klage nur bei dolus des Richters stattfinde, sondern es ist ganz allgemein die Verpflichtung zur Zahlung eines Schmerzensgeldes ausgesprochen: „überfürn" bedeutet nur eine Überschreitung der Befugnis,[67]) und nichts berechtigt dazu, die gemeinrechtliche Schmerzensgeldklage, welche sich als eine extensive Interpretation der Bestimmungen der Carolina darstellt, auf den Fall des dolus zu beschränken. Zudem wurde von fast allen Juristen, auch von solchen, welche die Schmerzensgeldklage unter die actio injuriarum subsumieren,

---

nequaquam dubium est. — L. 3 § 1 D. de injuriis 47,10: Sane sunt quidam, qui injuriam facere non possunt: ut puta furiosus et impubes, qui doli capax non est: namque hi pati injuriam solent, non facere: cum enim injuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere, hos, sive pullent, sive convicium dicant, injuriam fecisse non videri. — L. 13 § 1 D. de officio praesidis 1,18: . . . excutiendum, utrum simulato furore facinus admisisset, an vero re vera compos mentis non esset: ut si simulasset, plecteretur; si fureret, in carcere contineretur. — Windscheid, Pandecten I § 101, II § 455. — Dernburg, Pandecten I, § 56,3. — Seitz, S. 190. Quistorp, Peinl. Recht § 337. — Gaudlitz, S. 349/350. — Glück, Commentar § 700, S. 323/324.

[64]) Dankwarth, S. 14/15. — Rumpel, cap. II thes. II. — Schmidt, Inst. jur. civ. § 423.

[65]) Gaudlitz, S. 350.

[66]) Glück, Commentar, 9. Buch, 1. Titel, § 692.

[67]) Gensler, S. 152.

dieselbe auch bei culposen Körperverletzungen gewährt.[68]) Dies erscheint aber auch aus inneren Gründen als gerechtfertigt, denn ebenso wie im Strafrecht die Körperverletzung als Ursache, sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige, bestraft wird, so muß auch die Schmerzzufügung als Wirkung den vorsätzlichen, wie den fahrlässigen Verletzer verbinden. Da ferner die aus fahrlässigen Verletzungen herrührenden Schmerzen viel heftiger sein können, als die aus vorsätzlichen Verletzungen entstehenden, so erscheint es schon deswegen als widersinnig, den Anspruch auf Schmerzensgeld auf den Fall vorsätzlicher Körperverletzung zu beschränken. Auch die Particularrechte gewähren das Schmerzensgeld in allen Fällen der Körperverletzung. Eine Ausnahme macht nur das Bambergische Landrecht: der in diesem Gebiet als civilrechtliche Quelle geltende sog. Pflaum'sche Entwurf zur neuen Bambergischen peinlichen Gesetzgebung (§§ 194—196) erkennt einen Schmerzensgeldanspruch nur in Fällen der vorsätzlichen Körperverletzung an. Man kann von diesen Particularrechten einen Rückschluß auf das gemeine Recht machen, weil sie ja sämtlich auf dem Boden des gemeinen Rechts entstanden sind und nur zum geringsten Teile eigene neue Rechtsideen enthalten, vielmehr nur das, was im gemeinen Recht bereits gegeben war, in eine neue Form bringen.

Dankwarth will auch denjenigen, der die Verletzung einer Person ohne alle eigene Gefahr hätte verhindern können, zur Bezahlung eines Schmerzensgeldes verbindlich machen, und zwar nach Grundsätzen des heutigen allgemeinen Staatsrechts. Dem ist aber nicht beizutreten, denn bei dem gänzlichen Mangel an juristischer Verbindlichkeit, einem andern zu helfen, fehlt eine notwendige Voraussetzung des Schmerzensgeldes: dolus oder culpa.[69]) Es ist zwar sehr lobenswert, wenn Dankwarth die moralische Pflicht, einem bedrängten Menschen aus einer Gefahr zu helfen und ihn vor Schaden zu bewahren, betont,

[68]) Gaudlitz, S. 350. — Seitz, S. 207—210. — Gensler, S. 152: Sicherer aber darf man annehmen, auch ein sine dolo et contumelia, jedoch imputabel zugefügter Körperschmerz begründe eine Klage auf dessen Vergütung. — Bernstein, cap. IV § 8. — Quistorp, Peinl. Recht § 337, will nur bei Vorsatz oder grober Unvorsichtigkeit ein Schmerzensgeld gewähren. — Das preußische allgemeine Landrecht läßt ebenfalls die Schmerzensgeldklage nur zu, wenn die Körperverletzung aus Vorsatz oder grobem Versehen geschehen ist. — Seufferts Archiv Band 32 Nr. 231.

[69]) Gaudlitz, S. 347/348.

aber er läßt sich von seinem laxen Billigkeitsgefühl, das überhaupt in seiner kleinen Schrift, von der sonst nichts weiter zu sagen ist, als daß „er alles deutlich und gut, wiewohl ohne Einmischung neuer Bemerkungen, vorgetragen habe", die bedeutendste Rolle spielt, zu weit führen, wenn er aus dieser moralischen Pflicht eine Rechtspflicht herleitet: moralische Pflicht und Rechtspflicht fallen durchaus nicht immer zusammen.[70])

Berechtigt, ein Schmerzensgeld zu fordern, ist immer nur der Verletzte selbst, auch dann, wenn andere Personen berechtigt sind, den Strafantrag wegen der ursächlichen Körperverletzung zu stellen.[71]) Ferner wird ein Schmerzensgeld immer nur auf einen dahingehenden Antrag, niemals dagegen von Amtswegen zugesprochen, und der Richter wird bei Bemessung des Schmerzensgeldes nicht über diesen Antrag hinausgehen.[72]) Nach der Praxis kann Schmerzensgeld nur gefordert werden, wenn auch wegen der Körperverletzung Strafantrag gestellt ist, und der Verletzer ist zur Zahlung des Schmerzensgeldes nur dann verbunden, wenn er auch wegen der Körperverletzung verurteilt worden ist. Dasselbe gilt von der modernen Buße, und man kann durch Analogie aus dieser für die Buße gesetzlich bestimmten Voraussetzung auf das verwandte Institut der Schmerzensgeldklage auch nur zu einem übereinstimmenden Resultate gelangen.[73])

---

[70]) Dankwarth stützt sich auf Leyser, sp. 113 med. 7 und sp. 534 med. 10. Derselben Ansicht wie Dankwarth ist Rumpel, der sich hierbei auf L. 45 D. ad legem Aquiliam 9,2 stützt: Scientiam hic pro patientia accipimus, ut, qui prohibere potuit, teneatur, si non fecerit. Doch ist dieser Ausspruch des Paulus nicht als ein allgemein gültiger anzusehen, sondern er muß mit der vorhergehenden L. 44 l. c. von Ulpian in Zusammenhang gebracht und demgemäß seine Tragweite eingeschränkt werden. Ulpian sagt: In lege Aquilia et levissima culpa venit § 1. Quotiens sciente domino servus vulnerat, vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est. Der Ausspruch des Paulus beschränkt sich wahrscheinlich auf Fälle, in denen, ähnlich dem von Ulpian angeführten Falle, jemand von der ihm einem anderen gegenüber zustehenden Autorität nicht den erforderlichen Gebrauch macht, um diesen von der Begehung eines Delictes abzuhalten, so daß sich von einer culpa in custodiendo sprechen läßt.

[71]) Dochow, Die Buße, S. 32.

[72]) Gaudlitz, S. 365 366. — Quistorp, Peinl. Recht, § 337.

[73]) Dankwarth will die Schmerzensgeldklage auch dann zulassen, wenn der Verletzer bezüglich der Körperverletzung sich mit dem Verletzten verglichen hat, weil durch einen solchen Vergleich der Schmerzensgeldanspruch nicht berührt werde.

Eine Beschränkung des Schmerzensgeldes auf Leute niederen Standes, wie sie das preußische allgemeine Landrecht kennt, besteht im gemeinen Rechte nicht. Thatsächlich allerdings kommt es fast nur den niederen Ständen zugute, da es für Leute höheren Standes etwas Anstößiges hat, sich die erlittenen Schmerzen bezahlen zu lassen.[74])

Man muß auch fordern, daß die Schmerzen, deretwegen auf ein Schmerzensgeld geklagt wird, nicht zu geringfügig seien.[75]) Namentlich ist bei Realinjurien, bei denen die verursachte Körperverletzung nicht als solche bestraft wird, ein Anspruch auf Schmerzensgeld nicht begründet, weil der durch die Verletzung verursachte körperliche Schmerz der Kränkung gegenüber geringfügig erscheint.

Festsetzung der Höhe.

Über die Art und Weise der Ermittlung einer angemessenen Höhe des Schmerzensgeldes und den hierbei zu beobachtenden Maßstab bestehen die verschiedenartigsten Ansichten und Vorschriften, die sich aber zum Teil nur dann festhalten lassen, wenn die Auffassung von der rechtlichen Natur des Schmerzensgeldes, welche ihnen zu Grunde liegt, und nach welcher sie allein rationell begründet sind, als bewiesen angenommen wird.

Seitz will die Höhe des Schmerzensgeldes hauptsächlich nach subjectiven Momenten bestimmen. Dies ist aber nur dann richtig, wenn die Schmerzensgeldklage eine Strafklage ist: nur dann darf man in Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse, bezw. wenn deren Feststellung Schwierigkeiten bereitet, in Rücksicht auf den Stand, den reichen Delinquenten zu einer hohen, den armen dagegen bei der Zufügung der gleichen Schmerzen zu einer geringen Summe verurteilen (Seitz, S. 194—196).

[74]) Gaudlitz, S. 353. — Gensler, S. 155. — Für die Bestimmungen des A. L. R. scheint die Ansicht Quistorp's maßgebend gewesen zu sein: so pflegt auch heutiges Tages überhaupt auf Schmerzengeld am meisten nur noch bei Leuten niederen Standes; bei Leuten vornehmeren Standes aber anstatt desselben, auf eine etwas geschärftere Strafe erkannt zu werden (Peinl. Recht § 337).

[75]) Gaudlitz, S. 345/346, meint, daß eine wirkliche Verwundung Voraussetzung sei. — Seuffert, Archiv, Band 25 Nr. 26.

Eine andere Ansicht, die auch in das preußische allgemeine Landrecht übergegangen ist, will die Höhe der Kurkosten der Berechnung zu Grunde legen. Daß dies verfehlt ist, liegt auf der Hand.[76]) Wenn man erwägt, daß Leute niederen Standes im allgemeinen viel weniger geneigt sind, sich in ärztliche Behandlung zu begeben, als Leute aus höheren Ständen, zum Teil deshalb, weil sie die Kosten scheuen, zum Teil aber auch, weil sie überhaupt nicht so viele Umstände mit sich machen, so würde hiernach das Schmerzensgeld hauptsächlich nur den höheren Ständen zugute kommen, was mit den übrigen Bestimmungen speciell des Allgemeinen Landrechts in directem Widerspruch steht. Der einfache Mann beachtet leichtere Störungen des körperlichen Wohlbefindens kaum, ruft vielmehr gewöhnlich erst dann ärztliche Hilfe an, wenn sein Leiden seine Erwerbsthätigkeit hindert.[77]) Ferner lassen sich bedeutende und besonders schmerzhafte Verwundungen häufig wegen der verhältnismäßigen Einfachheit der Wunde doch mit geringeren Kosten heilen, während dagegen kompliciertere Verletzungen, die mit wenig Schmerzen verbunden sind, bei ihrer Heilung große Kosten verursachen. Die Bemessung des Schmerzensgeldes nach dem Betrage der aufgewendeten Kurkosten wäre für viele der einzige Anlaß, sich in ärztliche Behandlung zu begeben.[78]) Auch die Kosten der Arzneimittel stehen in gar keinem Verhältnis zu der Größe der erlittenen Schmerzen. Einige Schriftsteller wollen die Größe des Schmerzensgeldes in der Weise bestimmen, daß anstatt der einfachen Kurkosten auf deren doppelten Betrag erkannt werde.[79])

---

[76]) Gensler, S. 153: Die Unkosten als Maßstab anzunehmen, ist das schlechteste aller Ästimationsmittel. — Elterlein, S. 185.

[77]) Seitz, S. 186/187.

[78]) Es ist nicht zu ersehen, ob das nach dem Betrage der Kurkosten festgesetzte Schmerzensgeld dem Verletzten nur als eine Erstattung der Kurkosten zukommen soll, als Ersatz der für seine Heilung gemachten Aufwendungen, in welchem Falle es eigentlich gar keine Vergütung für die Schmerzen wäre, sondern eine zweifellos auch im Civilproceßwege verfolgbare Entschädigung für durch die Schuld Dritter entstandene Unkosten, welche nur unter dem besonderen Namen des Schmerzensgeldes auch im Strafprozeß beigetrieben werden kann, oder ob ganz unabhängig von der Geltendmachung dieser Erstattungsansprüche und neben diesen ein Schmerzensgeld eingeklagt werden kann, welches seiner Höhe nach nach dem Betrage dieser Erstattungsansprüche bestimmt wird, bezw. deren doppeltem Betrage entspricht.

[79]) Rumpel, cap. III, thes. IV, V.

Man darf auch nicht die Höhe des Schmerzensgeldes in ein entsprechendes Verhältnis zur Criminalstrafe bringen, vor allem nicht die subjectiven Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe berücksichtigen.[80]) Es wäre widersinnig, wenn man z. B. dann, wenn die ursächliche Körperverletzung von mehreren gemeinschaftlich oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung oder mittels eines hinterlistigen Überfalls begangen war, in welchen Fällen eine strengere öffentliche Bestrafung eintreten muß[81]): wenn man dann auch auf ein höheres Schmerzensgeld erkennen wollte. Auch abgesehen von diesen subjectiven Straferhöhungs- und Strafminderungsgründen giebt die Criminalstrafe keinen Maßstab für die Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes, denn sie richtet sich zunächst und im allgemeinen nach der Schwere der Verletzung, und, wie schon ausgeführt, entspricht die Schwere der Verletzung durchaus nicht immer den durch sie verursachten Schmerzen. So wird man beim Abhacken eines Fingers weit geringere Schmerzen empfinden, als beim Ausreißen eines Fingernagels, ersteres aber wird als schwere, letzteres als leichte Körperverletzung bestraft. Es ist schon gezeigt worden, daß ohne Rücksicht darauf, ob die Körperverletzung aus Vorsatz oder aus Fahrlässigkeit begangen ist, ein Schmerzensgeld gewährt wird: für die Bemessung der Criminalstrafe ist es von höchster Wichtigkeit, ob ein Delict aus Vorsatz oder aus Fahrlässigkeit begangen ist.[82])

Gegen den Schätzungseid sprechen die Gründe, welche überhaupt gegen ihn geltend gemacht werden, vor allem auch beim Schmerzensgeld. Dasselbe gilt vom juramentum suppletorium und minorationis.[83])

---

[80]) Elterlein, S. 185,

[81]) Reichsstrafgesetzbuch § 223 a.

[82]) Stryk, der das Schmerzensgeld als eine Entschädigung ansieht, will doch bei Festsetzung seiner Höhe die Qualität der Verschuldung des Verletzers in Betracht ziehen; usus mod. Pand Lib. IX tit. II § 10: Sed qualitatem culpae a judice hic attendendam esse, aequitas exigit; quo enim major in laedente malitia aut negligentia, eo major laeso debetur satisfactio.

[83]) Nach sächsischem Landrechte konnte der Beklagte die geforderte Summe durch seinen Eid mindern. — Quistorp, Beyträge S. 369. — Elterlein S. 184. — Gaudlitz, S. 366. — Berger, Oeconom. Jur. Lib. IV, Tit. 25 th. 3. Seitz, S. 196. —

Es bleibt also als einzig richtiger Maßstab für die Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes die mutmaßliche Größe der erlittenen körperlichen Schmerzen nach Intensität und Dauer.[84]) Man kann das auf diese Weise gewonnene Resultat dazu benutzen, um daraus einen Schluß auf die rechtliche Natur der Schmerzensgeldklage zu ziehen, während eigentlich allerdings umgekehrt ein richtiger Maßstab für die Bemessung der Höhe des Schmerzensgeldes sich aus der Natur der Schmerzensgeldklage ergeben müßte.

Eine mathematisch genaue Schätzung der Größe der erlittenen Schmerzen nun ist natürlich nicht möglich. Der Richter muß dieselben nach ihrer Intensität und Dauer nach seinem freien Ermessen abschätzen, bei komplicierteren Fällen wird er ein ärztliches Gutachten einzuholen haben. Daß hierbei aber die subjective Empfindlichkeit des Verletzten nicht in Betracht kommen könne, weil sie sich mehr oder weniger einer Beurteilung durch Dritte entziehe, ist wohl nicht richtig: vielmehr muß die Individualität des Verletzten berücksichtigt werden. Es ist klar, daß die gleiche Verletzung dem einen bedeutend größere Schmerzen bereitet, als dem andern. Dies richtet sich vor allem nach der Körperconstitution und dem Lebensalter des Verletzten, kann aber auch von mancherlei Zufälligkeiten abhängen, z. B. kann eine an sich ungefährliche und mit geringen Schmerzen verbundene Körperverletzung deshalb große Schmerzen verursachen, weil eine infolge der Verletzung wieder aufbrechende alte Wunde von neuem zu schmerzen anfängt oder weil der Verletzte an der betreffenden Körperstelle infolge besonderer Umstände empfindlicher ist als ein anderer Mensch.

Eine Maximalgrenze für die Höhe des Schmerzensgeldes, wie sie z. B. das preußische Allgemeine Landrecht in dem doppelten Betrage der aufgewendeten Kurkosten bestimmt, besteht für das gemeine Recht nicht und entbehrt auch jeder rationellen Begründung.[85])

---

[84]) Quistorp, Peinl. Recht § 337. — Glück, Commentar § 705, 5. — Dankwarth. — Gensler, S. 152. — Elterlein, S. 183/184. — Gaudlitz, S. 361/362. — Vgl. Sächs. Crim. Gesetzbuch, Art. 141.

[85]) Gaudlitz, S, 362. — Elterlein will das Schmerzensgeld stets auf die niedrigste Betragshöhe beschränken und will die Taxgrößen von 1 bis zu 8 Thalern als Regel gelten lassen. — Seitz, S. 193. — Quistorp, Peinl. Recht § 337: so pflegt jedoch gewöhnlich an Schmerzengelde nicht über Acht bis Zehn Thaler zuerkannt zu werden. — Dagegen Carpzov, Practica nova, qu. 99, n. 43.

II. Die rechtliche Natur der gemeinrechtlichen Schmerzensgeldklage.

Überblick.

In dem historischen Teile ist ausgeführt worden, daß dem römischen Recht ein Schmerzensgeld unbekannt war, daß vielmehr dasselbe seinen Ursprung in deutschem Gewohnheitsrechte hat. Es entsteht nun die Frage, unter welchen römischen Gesichtspunkt die Schmerzensgeldklage zu bringen ist, an welcher Stelle des römischen Klagensystems man sie einzureihen hat.

Es bestanden in Rom besondere Klagerechte: es kam nicht so sehr darauf an, daß man ein Recht hatte, sondern daß man ein Klagerecht hatte. Diese Klagerechte waren an ganz bestimmte Voraussetzungen geknüpft und hoben sich typisch von einander ab. Das System der typisch normierten Klagen ist zwar nicht mehr gemeinrechtlich, dennoch aber hat es für die Wissenschaft Bedeutung behalten. Alle Klagen sind ihrer rechtlichen Natur nach entweder dinglich oder persönlich: dies ist die Haupteinteilung der Klagerechte. Da die Schmerzensgeldklage die Leistung einer Person bezweckt, und mit derselben das ihr zu grunde liegende Rechtsverhältnis endigt, so gehört sie zu den persönlichen Klagen, welche ihrerseits wieder in Contracts- und Delictsklagen zerfallen, je nachdem die Verpflichtung zu der Leistung durch Vertrag übernommen ist, oder als Folge eines Delicts eintritt. An die Contractsklagen schlossen sich die quasi ex contractu, an die Delictsklagen die quasi ex delicto entstandenen Klagen an. Die Schmerzensgeldklage setzt das Delict der Körperverletzung voraus, also gehört sie zu den Delictsklagen. Man unterschied in Rom weiter unter den Delictsklagen reipersecutorische (Entschädigungs-, Ersatz-) Klagen, Strafklagen und gemischte Klagen, je nachdem ihr Zweck Entschädigung des Verletzten oder Bestrafung des Verletzers oder beides war. Die Strafklagen bildeten eine Ergänzung des unvollkommenen öffentlichen Strafrechts der Römer.[86])

Im heutigen gemeinen Recht giebt es keine privaten Strafklagen mehr. Die Klagen, welche aus Delicten oder delictsähnlichen That-

---

[86]) Dernburg, Pand. I, S. 301/302 und 305/306.

beständen entspringen, gehen heutzutage immer nur auf Schadloshaltung des Verletzten.[87]) Dagegen hat allerdings die Reichsgesetzgebung in den §§ 188 und 231 des Reichsstrafgesetzbuches in der Buße ein Rechtsinstitut geschaffen, welches von manchen als moderne Privatstrafklage angesehen wird, nach der Meinung anderer wenigstens mit der Straffunction eine Entschädigungsfunction verbindet (S. 29).

Das Wesen der von dem Urheber einer körperlichen Verletzung wegen der mit der Verletzung verbundenen körperlichen Schmerzen an den Verletzten zu zahlenden Summe Geldes nun ist streitig. Nach der Meinung einiger hat das Schmerzensgeld den Charakter einer Privatstrafe. Nach dieser Meinung muß folglich auch die heutige Geltung von Privatstrafklagen angenommen werden, oder wenigstens für die Schmerzensgeldklage eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß Privatstrafen nicht mehr bestehen, statuiert werden. Zu den Vertretern dieser Ansicht gehören Gensler, Puchta, Unger, Gengler, Bruns und Seitz; von älteren Juristen, die man hierzu rechnen könnte, seien genannt Carpzov, Schilter und J. S. F. von Böhmer. Hierbei ist jedoch zu bemerken, daß Puchta und Gengler gar keine Begründung ihrer Ansicht geben, und daß bei Gengler sich vieles findet, was mit der Strafnatur der Schmerzensgeldklage durchaus nicht in Einklang zu bringen ist, so daß man von ihm und mit noch größerem Recht von Elterlein sagen kann, sie bestimmen das Wesen der Schmerzensgeldklage als das einer Entschädigungsklage und geben ihr nur den Namen einer Strafklage.[88]) Auch Seitz ist nicht ganz consequent, und dasselbe läßt sich von Gaudlitz sagen, der sich auch für die Strafnatur der Schmerzensgeldklage entscheidet.

---

[87]) Dernburg, Pand II, S. 348/349.

[88]) Wenn Elterlein auch die Schmerzensgeldklage eine Privatklage nennt, so ist er doch offenbar weit davon entfernt, mit diesem Ausdrucke den typischen Charakter der Schmerzensgeldklage bezeichnen zu wollen; so sagt er S. 126/127: „Es ist dies jedenfalls die erste gesetzliche Bestimmung, welche eine Vergütung des durch widerrechtliche Thätlichkeiten verursachten physischen Schmerzes in die Kategorie der Schädenansprüche aufnimmt, und es ist nichts natürlicher, als daß der Gerichtsgebrauch diese Bezahlung von Körverschmerzen der Verwandtschaft halber unter die bereits bestehenden Privatstrafen für Körperverletzungen sehr bald aufnahm.“ — S. 182: „Das Schmerzensgeld hat nicht sowohl die Ahndung des Verbrechens, als vielmehr eine beiläufige Schadloshaltung des Verletzten zum Zwecke.“ —

Nach der herrschenden Meinung aber hat die Schmerzensgeldklage den Charakter einer Entschädigungsklage. Diese Ansicht wurde von Struve aufgestellt und hat seither fast alle bedeutenderen Juristen zu ihren Anhängern gezählt. Die actio legis Aquiliae utilis wurde erweitert und auch auf eine Entschädigung wegen der infolge einer Körperverletzung erlittenen Schmerzen ausgedehnt. In der neuesten Zeit hat namentlich Wächter in seiner Schrift: „Die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen" die Entschädigungsnatur des Schmerzensgeldes nachzuweisen gesucht. Hervorzuheben ist noch, daß Windscheid, der früher die Schmerzensgeldklage als Privatstrafklage angesehen hat, durch Wächters Ausführungen bestimmt, sich der Gegenmeinung angeschlossen hat,[89]) und daß auch Quistorp seine Ansicht in demselben Sinne geändert hat.[90])

Die Feststellung der rechtlichen Natur der gemeinrechtlichen Schmerzensgeldklage kann eigentlich nur geschehen aus ihrem inneren Wesen heraus, da die Erscheinungen, welche bei ihr hervortreten, zum Teil sich mit jeder von den beiden entgegengesetzten Auffassungen in Einklang bringen lassen, zum Teil aber für sie eine feste gleichmäßige Praxis sich gar nicht gebildet hat.

a. Die Schmerzensgeldklage des gemeinen Rechts ist keine Privatstrafklage.

Bereits im historischen Teil (S. 5) ist gezeigt worden, daß die Schmerzensgeldklage nach römischem Recht nicht unter die Strafklagen fallen kann. Der Haupteinwurf, welcher gegen die Auffassung der Schmerzensgeldklage als Privatstrafklage nach heutigem Recht geltend gemacht wird, ist der, daß Privatstrafen im heutigen gemeinen Recht nicht mehr in Übung seien.[91]) Diese Ansicht stützt sich darauf, daß die römischen Privatstrafen durch non-usus abgekommen seien, daß sie, ebenso wie die Privatbußen des älteren deutschen Rechts, in öffentliche Strafen umgewandelt seien, und daß die römischen Straf-

[89]) Windscheid, Pandecten § 455: 1.—3. Auflage contra 4.—7. Auflage.

[90]) Quistorp, Beyträge, S. 362 ff.

[91]) Von anderen wird dieser Grundsatz benutzt, um darzuthun, daß das Schmerzensgeld zugleich mit den übrigen Privatbußen außer Gebrauch gekommen sei. Dies setzt voraus, daß die Schmerzensgeldklage schon in jener Zeit als eine Privatstrafklage angesehen wurde.

klagen sich nur insoweit erhalten hätten, als auch in ihnen eine Entschädigungsfunction liege.

Aber abgesehen davon, daß diese Behauptung im Zusammenhang mit der Streitfrage, ob das römische Recht in complexu recipiert sei, oder nicht, durchaus nicht unbestritten ist,[92]) beweist sie auch für die Schmerzensgeldklage nichts, da diese eine Schöpfung des neueren einheimischen Gewohnheitsrechtes ist, von diesem Grundsatz also gar nicht berührt wird. Übrigens könnte der angeführte Grundsatz auch nur, soweit es sich um die neueste Zeit handelt, richtig sein, denn beispielsweise bestand die ästimatorische Injurienklage gemeinrechtlich bis in die neueste Zeit; allersdings war sie in den bei weitem meisten Particularrechten beseitigt worden, in den von Preußen im Jahre 1866 erworbenen Landesteilen, in welchen gemeines Recht galt, jedoch erst durch die preußische Gesetzgebung vom Jahre 1867.[93]) In Württemberg war die Injurienklage sogar durch das

[92]) Gaudlitz, S. 355/356. Die von Gaudlitz als gemeinrechtlich noch bestehend angeführten Privatstrafen der Dotationspflicht des außerehelichen Schwängerers und des ungerechtfertigten Ableugnens von Verbindlichkeiten sind keine eigentlichen Strafen. Bekanntlich wurde die Vorschrift des c. I X. de adulteriis 5, 16: Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem, durch den Gerichtsgebrauch dahin interpretiert, daß das kanonische duc et dota abgeschwächt wurde in duc aut dota. Diese Klage hat den Charakter einer Entschädigungsklage, weil für die Geschwächte die Aussicht auf dereinstige Versorgung durch eine gute Heirat verringert ist, und sie für diesen Schaden, der sich zwar nicht in effectiven Zahlen ausdrücken läßt, wenigstens soweit er nicht Vermögensschaden ist, eine Vergütung erhalten soll. Die Auffassung der Dotationsklage als Entschädigungsklage ist auch diejenige des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, § 1300. — Was die Strafen des Leugnens angeht, so sind dies keine eigentlichen Privatstrafen, sondern zweckentsprechende Einrichtungen zur Erleichterung der Rechtspflege, zur Verhütung der Verschleppung des Processes. Dernburg, Pand. II, S. 7 Anm. 7, bemerkt: „Es handelt sich bei diesen Normen nicht um Proceßstrafen, sondern um negative Bedingungen von Rechtswohlthaten, die durch Veränderungen der Formen des Processes nicht berührt werden.“ Er bezieht dies auf den Verlust des beneficium divisionis und des beneficium excussionis des Bürgen im Falle des Ableugnens der Bürgschaftsschuld. Dies sind, neben der L. 25 pr. D. de probationibus, 22,3, betreffend die Beweislast bei der condictio indebiti, falls der Empfang einer Zahlung überhaupt in Abrede gestellt wird, nach Dernburg die einzigen im gemeinen Recht noch bestehenden Proceßstrafen, deren es in Rom eine große Zahl gab.

[93]) Seufferts Archiv, Band 25, Nr. 26: Durch die preußische Gesetzgebung des Jahres 1867 ist in den neu erworbenen Ländern die Civilklage wegen Beleidigung beseitigt.

Gesetz vom 5. September 1839: „Ueber die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen" ausdrücklich bestätigt worden. Schließlich ist es auch sehr wohl möglich, daß in diesem einen Falle die Privatstrafe sich erhielt, während im übrigen das System der Privatstrafen per desuetudinem abkam. Die Schmerzensgeldklage könnte singulärerweise als Privatstrafklage weiter bestanden haben.[94]) Die Buße der §§ 188 und 231 des Reichsstrafgesetzbuches zudem wird von einer verbreiteten Meinung als eine gemischte Klage angesehen, welche zugleich auf Ersatz und auf Strafe gehe; nach den beiden ersten Entwürfen zum Strafgesetzbuch war sie sogar reine Privatstrafe.[95]) Hiermit widerlegt sich der Einwand, daß Privatstrafen gegen die Denkungsart unseres Volkes verstießen,[96]) denn die Entwürfe hatten sich an das gemeine Recht angeschlossen: Die Buße der Entwürfe ist nichts anderes, als die gemeinrechtliche ästimatorische Injurienklage.[97]) Dieser Einwurf also, daß Privatstrafen bei uns nicht praktisch seien, würde für sich allein nicht imstande sein, zu beweisen, daß die Schmerzensgeldklage keinen Strafcharakter habe, da er selbst noch des Beweises bedarf.

Gaudlitz macht eigentlich gar keinen Versuch, die Strafnatur der Schmerzensgeldklage zu erweisen. Er sagt S. 354: „Ganz natürlich scheint es sich zu gestalten, wenn wir das Schmerzensgeld als Strafe betrachten. Es liegt jederzeit eine vom Staate als strafwürdig erkannte Handlung vor, sei es eine dolose oder eine culpose Verletzung. Es ist mithin die Strafe an sich gerechtfertigt, namentlich auch die aus Billigkeit gegen den Verletzten und vielleicht auch aus Anhänglichkeit an die seit Jahrhunderten im Rechtssinne des Volkes eingewurzelte

[94]) Stintzing, S. 593.

[95]) Wächter, Die Buße, S. 9 ff.

[96]) Wächter, Die Buße, S. 12 Anm. 7.

[97]) Wächter, Die Buße, S. 9: Die Entwürfe (sc. I und II zum Reichsstrafgesetzbuch) hatten sich hiernach an das ehemalige gemeine Recht, wenngleich mit Modificationen, angeschlossen. Ihre Buße ist nichts Anderes, als die mit der actio injuriarum aestimatoria verfolgbare Privatgeldstrafe des Römischen und des ehemaligen gemeinen Rechtes. Nur ist ihre Verhängung nicht präceptiv ausgesprochen, sondern ganz in das Ermessen des Strafrichters gestellt; dagegen concurrirt sie nach den Entwürfen mit der öffentlichen Strafe nicht alternativ, sondern cumulativ; auch ist ihr ein bestimmtes Maß gesetzt, was nach dem ehemaligen gemeinen Recht nicht der Fall war.

Gewohnheit neben der öffentlichen Strafe gegebene Privatstrafe des Schmerzensgeldes, auf welche jedoch von Seiten des Beklagten (soll wohl heißen: Verletzten) verzichtet werden kann." — Gewiß ist eine Strafe an sich gerechtfertigt, nämlich die öffentliche, inwiefern aber zwei Strafen, neben der öffentlichen eine private, gerechtfertigt sein sollen, ist nicht ersichtlich. Wenn man ferner diese Privatstrafe aus Billigkeit gegen den Verletzten gewährt, so ist damit gesagt, daß ihr Hauptzweck Zuwendung eines Vorteils an den Verletzten ist, und damit verliert sie ihren Charakter als Strafe und wird zum Ersatz.[98]) Denn der Unterschied zwischen Strafe und Entschädigung ist eben der, daß der eigentliche und Hauptzweck der Strafe der ist, dem Schuldigen ein Übel zuzufügen, während der Hauptzweck der Entschädigung darin besteht, dem Verletzten einen Vorteil zu gewähren.[99]) Bei den Privatstrafen nun fällt die von dem Verletzer als Strafe zu zahlende Summe Geldes an den Verletzten, diesem wird also hierdurch ein Vermögensvorteil zugewendet, er wird entschädigt. Es bewirkt also die Strafsumme bei den Privatstrafen zugleich eine Entschädigung des Verletzten: aber dies ist nur eine zufällige und mittelbare Folge und kann an dem Charakter der Privatstrafe als Strafe nichts ändern. Die Befriedigung des Verletzten ist nicht bloß Folge einer jeden Privatstrafe, sondern einer jeden Strafe überhaupt, denn in gewissem Sinne enthält jede Strafe eine Genugthuung und damit einen Ersatz.[100])

Schmerzen sind eine natürliche Folge fast einer jeden Körperverletzung; warum sollte nun diese bloße natürliche Folge einer strafbaren Handlung noch besonders mit Strafe bedroht sein?

Da der Hauptzweck auch der Privatstrafe der ist, dem Schuldigen ein Übel zuzufügen,[101]) so müßte sich das Schmerzensgeld als Strafe nach subjectiven Momenten bestimmen. Es müßte nach der Schuld

---

[98]) Wächter, Die Buße, S. 75.

[99]) Binding, Die Normen, S. 284. — Liszt, Strafrecht § 5. — Der Schaden wird durch ein Rechtssubjekt ersetzt, die Strafe an einem solchen vollzogen.

[100]) Savigny, System, S. 50. — Kohler, Patentrecht, S. 654: Denn auch die Strafe hat das Element der Genugthuung in sich, wie Entschädigung; und die Entschädigung ist auf dem schuldhaften Willen basiert, wie die Strafe. Allein das Wesen der Strafe ist die Zufügung eines Übels, und der Vorteil des Privatklägers ist nur ein im Strafzwecke nicht begründetes Accidenz. Das Wesen der Entschädigung dagegen ist der Ersatz und die Genugthuung, und das damit verbundene Übel wiederum ist nur ein für den Entschädigungsbegriff unwesentliches Accidenz.

des Thäters vergolten werden, die Strafe sollte den verbrecherischen Willen treffen. Das Schmerzensgeld müßte sich also in seinem Betrage nach Art und Schwere der ursächlichen Körperverletzung richten,[102]) es würde bei dolus des Thäters eine höhere Summe ausmachen, als bei culpa, ohne Rücksicht darauf, ob nicht die fahrlässige Körperverletzung genau die gleichen Schmerzen verursacht hat, wie die vorsätzliche. Die Schmerzen würden nur noch als Strafausmessungsmomente in Betracht kommen. Es würden also den Delinquenten zwei Strafen treffen, die im wesentlichen nach denselben Gesichtspunkten zu bemessen wären.[103]) Was soll aber die Strafe neben der Strafe? Ist die Körperverletzung ein so besonders strafwürdiges Vergehen, so sollte sie mit strengerer öffentlicher Strafe geahndet werden. In Rom hatte der Kläger nur die Wahl zwischen einer Klage auf öffentliche Bestrafung des Injurianten und der arbiträren Privatstrafklage;[104]) hatte er die öffentliche Klage angestellt, so hatte er damit auf die Privatstrafe verzichtet und umgekehrt.[105]) Wie es im heutigen gemeinen Recht damit steht, ist bestritten,[106]) weil es ja

---

[101]) Bernstein, cap. V § 9.

[102]) Wächter, Die Buße, S. 76.

[103]) Seitz, S. 146.

[104]) Gensler, S. 146.

[105]) § 10 J. De injuriis 4, 4: In summa sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter — L. 6 D. De injuriis et famosis libellis 47, 10: Plane si actum sit publico, denegandum est privatum: similiter ex diverso.

[106]) Seufferts Archiv, Band 1 Nr. 220: Da Verhängung einer öffentlichen Strafe die Zuerkennung einer Privatstrafe ausschließt, so würde wegen einer mit öffentlicher Strafe belegten Körperverletzung zufolge jener Auffassung nicht auch auf Schmerzensgeld erkannt werden können. . . . Derselbe Gerichtshof hat auch den Satz, daß die Verhängung einer öffentlichen Strafe die Privatstrafe ausschließe, auch in Ansehung der gemeinrechtlich auf die Selbsthilfe gesetzten Privatstrafe in Anwendung gebracht. — Dagegen Band 27 Nr. 30: Der Schmerzensgeldklage kann, wenn sie als Privatbuße aufgefaßt wird, die Begründung aus dem Grunde, weil das Delict der Körperverletzung gegenwärtig eine öffentliche Strafe nach sich zieht, nicht abgesprochen werden, da eine Privatbuße durch die Verhängung einer öffentlichen Strafe nicht notwendig ausgeschlossen wird. — Seitz, S. 181/182, nimmt an, daß öffentliche und Privatstrafe auch gemeinrechtlich in einem ausschließenden Verhältnis zu einander ständen, und kommt zu der bei seiner Auffassung des Schmerzensgeldes als Strafe richtigen Consequenz, daß die „Schmerzensgeldklage als Strafklage nach der Einleitung einer Criminaluntersuchung über denselben Gegenstand nicht mehr erhoben werden

auch Streitfrage ist, ob überhaupt Privatstrafen bei uns practisch seien. Die reichsrechtliche Buße wird allerdings neben der Strafe erkannt, sie setzt also eine strafrechtliche Verfolgung sogar notwendig voraus. Bei den Bußen des älteren deutschen Rechts fiel ein bestimmter Bruchteil, fredus, Gewedde genannt, an den Richter, der größere Teil aber an den Verletzten selbst. Hieraus aber ist nicht zu entnehmen, daß im alten deutschen Recht öffentliche und private Strafe neben einander bestanden hätten, denn der fredus war eben nur ein Teil der einheitlich festgesetzten Strafe; vielleicht sollte er nur dazu dienen, die Unkosten des Staates bei der Ausübung der Rechtspflege zu decken, wenngleich diese in der älteren Zeit eben nicht bedeutend gewesen sein können. Außerdem aber haben die Buße wie das Wergeld mehr die Bedeutung eines Ersatzes: der Thäter ist zur Zahlung derselben auch dann verpflichtet, wenn ihn keine Schuld trifft, weil er z. B. unzurechnungsfähig war, oder weil er in Notwehr gehandelt hat, während in diesen Fällen der fredus in Fortfall kam. Die Buße ist ein Surrogat für die Selbstrache, welche dem Verletzten, bezw. bei Tötungsfällen den Angehörigen des Getöteten eine Befriedigung gewähren soll. Fredus und Buße stehen daher nicht als öffentliche Strafe und Privatstrafe, sondern als öffentliche Strafe und private Entschädigung neben einander.[107])

Eine Bemessung des Schmerzensgeldes nach subjectiven Momenten würde gegen den dem Schmerzensgelde zu grunde liegenden Gedanken verstoßen, gegen den Gedanken nämlich, daß dem Verletzten sein Schmerz bezahlt werden soll.[108]) Wenn aber bei Festsetzung des Betrages des

kann". — „Am meisten entspricht den inneren Rechtsgründen: daß wegen desselben Reates nicht nochmalige Strafe eintreten kann". Auf die eigenthümliche falsche Auffassung, welche Seitz von dem Schmerzensgelde hat, ist bereits hingewiesen worden (S. 5).

[107]) Friedrich, S. 23/24 und S. 28/29, läßt die römische Bestimmung, daß zwischen öffentlicher und privater Strafe elective Concurrenz bestehe, auch für das gemeine Recht gelten: „Quum primum autem poena privata decernitur, publica omitti debet, et vice versa". — „Quomodo quaeso cum poena vulnerationum publica privata simul conciliari poterit". — Ganz unverständlich ist es, daß Rumpel, trotzdem er die Schmerzensgeldklage als Ersatzklage bezeichnet, dieselbe nicht neben der öffentlichen Strafklage zulassen will; vgl. diss. de pehunia doloris cap. IV, thes. II.

[108]) Windscheid bei Wächter, Die Buße, S. 75.

Schmerzensgeldes die erlittenen Schmerzen erst in zweiter Linie in Betracht kämen, so würde eben in vielen Fällen dem Verletzten keine volle Bezahlung zu teil werden.

Die andere Begründung von Gaudlitz ist geradezu falsch: „Die seit Jahrhunderten im Rechtssinne des Volkes eingewurzelte Gewohnheit einer Privatstrafe des Schmerzensgeldes hat eben als solche nicht bestanden, vielmehr wurde das Schmerzensgeld mit wenigen Ausnahmen von allen Schriftstellern unter den entsprechend erweiterten Begriff der actio legis Aquiliae utilis subsumiert und als Ersatz, nicht als Strafe behandelt.

Ein Erfordernis jeder Strafe ist, daß sie pro utilitate publica exercetur. Von einer Genugthuung aber, welche lediglich in der Bezahlung erlittener Schmerzen besteht, kann man nicht sagen, daß sie einem öffentlichen Interesse diene. Die Strafen, welche auf die Körperverletzung gesetzt sind, sollen nur die körperliche Integrität sichern. Nur so weit reicht das staatliche Interesse, daß jeder Bürger unter dem Schutze des Staates ruhig und gesichert lebe, daß jede Störung der allgemeinen Ordnung zurückgewiesen werde. Dies wird aber bezüglich des Delicts der Körperverletzung schon dadurch erreicht, daß der Delinquent wegen dieses Uebergriffes in die Rechtssphäre eines anderen Strafe erleiden muß. Fast eine jede Körperverletzung hat Schmerzen zur Folge. Der Staat glaubt seine Unterthanen und damit sein eigenes Interesse schon dadurch genugsam gewahrt, daß er seine Unterthanen gegen das ursächliche Delict der Körperverletzung schützt.[109]) Der Staat belegt auch Körperverletzungen, welche gar keine schmerzhafte Empfindung zur Folge haben, mit Strafe.[110]) Es ist also das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit nicht dem Belieben des einzelnen preisgegeben[111]), wohl aber ist es für den Staat gleichgültig, ob seine Unterthanen Schmerzen erleiden: Das Rechtsgut des körperlichen Wohlbefindens also ist der freien Verfügung des einzelnen überlassen. Nur so weit geht hier das staatliche Interesse, wie bei jedem anderen Privatrecht, daß dem Beschädigten sein Recht zu teil werde, wenn er es verlangt, d. h. bei der Zufügung von

---

[109]) Anderer Meinung ist Gaudlitz, S. 357.

[110]) Liszt, Strafrecht § 86 II., 1.

[111]) Deshalb macht bei Körperverletzungen die Einwilligung des Verletzten den Verletzer auch nicht straffrei.

Schmerzen, daß die hierdurch hervorgerufene Störung des körperlichen Wohlbefindens wieder ausgeglichen werde. Die Berücksichtigung der Schmerzen muß also dem Civilrecht überlassen bleiben, da, wie gezeigt, ein öffentliches Interesse nicht vorliegt. Der Umstand, daß der Anspruch auf ein Schmerzensgeld in den meisten Fällen im Criminalproceß geltend gemacht wird, kann an seinem privatrechtlichen Charakter nichts ändern.

Seitz, Seite 168, führt aus, die Schmerzensgeldklage falle vollkommen unter den aus den Bestimmungen des römischen Rechts sich ergebenden Begriff der Pönalklage[112]: „Denn nach dem Begriffe, wie er von der heutigen Theorie festgestellt ist, erfordert die eigentliche (zweiseitige) Strafklage, daß die unter ihren Begriff zu subsumierende Klage auf eine Leistung gerichtet sei, welche das Vermögen des Klägers über seinen früheren Bestand hinaus bereichert." — Allerdings wird durch die als Schmerzensgeld gezahlte Summe das Vermögen des Klägers über seinen früheren Bestand hinaus bereichert, und die von Seitz angeführte L 35 pr. D. De obligationibus et actionibus 44,7[113]) würde für das römische Recht eine Subsumierung der Schmerzensgeldklage unter die Ersatzklagen ausschließen, das römische Recht würde also deshalb die Schmerzensgeldklage als eine Strafklage ansehen und behandeln. Dies gilt aber nur für das reine römische Recht. Die römischen reipersecutorischen Klagen sind nur wegen Verletzung des Vermögens gegeben. In dem nüchternen praktischen Sinn der altrömischen Bauern ist der Eigentumssinn am stärksten ausgeprägt.[114]) Die Verletzung ihres Eigentums empfinden sie besonders schwer. Auf die immateriellen Rechtsgüter legen sie dagegen verhältnismäßig weniger Gewicht, und es liegt ihnen daher fern, bei deren Antastung eine Entschädigung zu verlangen. Die nach römischer Auffassung richtige Behandlung des Institutes der Schmerzensgeldklage darf nicht als die einzig mögliche angenommen werden.[115]) Daß in der That eine andere Auffassung besteht, und daß diese dem Wesen der Sache mehr entspricht, soll später dargelegt

---

[112]) Savigny, System § 210. — Arndts, Pand. § 98. — Puchta, Pandecten-Vorlesungen, Band I § 84.

[113]) Illae autem actiones rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.

[114]) Ihering. Der Kampf ums Recht, S. 32.

[115]) Stintzing. S. 596.

werden, und daß die Schmerzensgeldklage aus anderen Gründen im römischen Recht überhaupt keinen Boden hat, demzufolge hier auch nicht als Strafklage aufgefaßt werden kann, ist in dem historischen Teile dieser Arbeit (S. 5) nachgewiesen worden.

Gensler nennt die Schmerzensgeldklage eine Pönalklage und will doch den Betrag des Schmerzensgeldes allein nach dem Grade der physischen Schmerzen des Verletzten bestimmen, d. h. nach dem mittelbaren Erfolge der schuldhaften Handlung der Körperverletzung, er will also einen objectiven Maßstab anlegen. Die Strafe eines Delicts aber darf nicht lediglich nach dem eingetretenen Erfolge bemessen werden. Eine reine Erfolghaftung bestand im ältesten deutschen Strafrecht, der Erfolg verpflichtete den Thäter zur strafrechtlichen Sühne selbst dann, wenn er nicht absichtlich, sondern versehentlich, zufällig, ja sogar in Notwehr herbeigeführt ist. Auch nach altrömischem Sacralrechte erregte die zufällige Rechtsverletzung in gleicher Weise den durch Sühne abzuwendenden Zorn der Götter wie die vorsätzliche, und ebenso kennt das älteste Recht aller Völker Strafe ohne Schuld.[116]) Auch für unsere religiöse Empfindung hat es nichts Befremdendes, daß die Sünden der Väter heimgesucht werden an den Kindern. Dagegen wird im heutigen Recht der Erfolg nur insofern berücksichtigt, als in einigen Fällen ein eingetretener schwererer Erfolg einer schuldhaften Handlung, auch wenn dieser schwerere Erfolg von dem Thäter nicht verschuldet ist, eine schwerere Bestrafung zur Folge hat; so wenigstens nach dem Reichsstrafgesetzbuch. Eine Abweichung von diesem Grundsatze findet sich dagegen in einigen Nebenstrafgesetzen.[117]) Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß man bei Festsetzung des Betrages des Schmerzensgeldes consequenter Weise auch auf die subjective Empfindlichkeit des Verletzten Rücksicht nehmen müsse. Diese Consequenz verträgt sich aber nicht mit der Auffassung des Schmerzensgeldes als Privatstrafe; denn die That des Schuldigen darf nicht um deswillen schwerer bestraft werden, weil der Verletzte vielleicht infolge seiner besonderen Körperconstitution heftigere Schmerzen erlitten hat, als sie ein anderer normal empfindlicher Mensch bei derselben Körperverletzung erlitten hätte; sonst müßten die Strafen derselben Körperverletzung

[116]) Liszt, Strafrecht § 35 II.

[117]) Liszt, Strafrecht § 35 III.

variieren je nach der größeren oder geringeren Empfindlichkeit des Verletzten.

Wenn man ferner auch mit der herrschenden Meinung die Unvererblichkeit des Anspruches auf Schmerzensgeld annimmt, so ist dies doch noch kein Beweis für den Strafcharakter des Schmerzensgeldes. Es handelt sich eben nur um eine im Wesen des Schmerzensgeldes begründete Anomalie.[118])

Aus dem Charakter des Schmerzensgeldes als Strafe wäre schließlich noch zu folgern, daß dann, wenn die Geldstrafe von dem Verurteilten nicht beizutreiben ist, an ihre Stelle eine verhältnismäßige Freiheitsstrafe zu treten habe. Diese Consequenz hat jedoch keiner von den Vertretern dieser Ansicht zu ziehen gewagt. Einige allerdings sagen, daß die Bestimmungen des Strafgesetzbuches über Umwandlung einer erkannten Geldstrafe im Nichtbeitreibungsfalle in Freiheitsstrafe sich nur auf öffentliche Strafen bezögen. Diese Ansicht läßt sich sehr wohl hören, aber andererseits muß man doch auch verlangen, daß die Strafe in jedem Falle an dem Schuldigen vollzogen werde, und daß Vermögenslosigkeit ihn hiervon nicht befreien könne. Die Frage läßt sich eben nicht lösen, wenn man das Schmerzensgeld als eine Strafe ansieht. Dies hat auch Gaudlitz erkannt, wenn er sagt: „Denn allerdings scheint schon das Unzweckmäßige im vorliegenden Falle eine Anwendung von selbst auszuschließen." Auch er ist gezwungen, aus dieser Thatsache den Schluß zu ziehen, daß das Schmerzensgeld doch keine reine Privatstrafe sein könne, daß es vielmehr Entschädigungsfunction habe: „Das Schmerzensgeld soll dem Verletzten zukommen, nicht als eine wahre Entschädigung, von welcher nach dem Obigen nicht die Rede sein kann, wohl aber als ein Vorteil, der dem unschuldig Leidenden billigerweise gegönnt wird." [119]) Der von Gaudlitz gemachte Unterschied zwischen Entschädigung und Vorteil aber besteht in Wahrheit gar nicht. Aus der Unzulässigkeit einer Umwandlung des nicht beizutreibenden Schmerzensgeldes in Privatstrafe ist eben nur zu folgern, daß dasselbe keine Strafe sein kann.

Ähnlich inconsequent ist Gaudlitz, wenn er in dem Falle, wo der Verurteilte nicht imstande ist, Schmerzensgeld und Gerichtskosten

---

[118]) Windscheid, Pand. § 455.7.

[119]) Gaudlitz, S. 368.

sowie eine etwaige öffentliche Geldstrafe vollständig zu bezahlen: wenn er dann das Schmerzensgeld den Gerichtskosten vorgehen lassen will: „Es liegt in dem Sinne der Staatsregierung, in Collisionsfällen mehr das Interesse der Staatsbürger, als das fiscalische ins Auge zu fassen. Dieser Ansicht nun dürfte es entsprechend sein, wenn wir auch hier, wo es sich zwar nicht um eine reine Entschädigung wohl aber um eine Begünstigung des Verletzten handelt, den Letzteren in der Regel und namentlich dann mit seinem Schmerzensgelde den Untersuchungskosten vorgehen lassen, wenn bei jenem die Folgen der Körperverletzung als eine wahre Entschädigung mit in Anschlag gebracht worden sind und der Verletzte nach der Verurteilung des Schuldigen seinen Anspruch noch geltend zu machen von Neuem zu erkennen gegeben hat.“[120]) — Sollte sich der sächsische Fiscus so vorteilhaft auszeichnen, daß er dann, wenn seine Geldforderung mit einer auf gleichem Grunde beruhenden Forderung eines Privaten collidierte, das fiscalische Interesse zurücktreten ließe, so wäre das ganz anormal, und z. B. auf den preußischen Fiscus gewiß nicht anwendbar. Daß der Fiscus die Schmerzensgeldforderung des Privaten seiner Forderung auf Erstattung der Gerichtskosten und der öffentlichen Geldstrafe vorgehen läßt, geschieht nicht aus besonderer Generosität des Fiscus, sondern aus der richtigen Erkenntnis, daß diese Forderung des Privaten besser fundiert sei, als die eigene, daß diese Forderung nämlich als Entschädigungsanspruch den Vorzug verdiene vor der Strafforderung des Fiscus, während sie mit der Forderung auf Erstattung der Gerichtskosten cumulativ concurriere.

Die Unrichtigkeit dieser Auffassung zeigt sich ferner, wenn man das Verhältnis mehrerer Mitthäter ins Auge faßt. Das Schmerzensgeld, als Strafe gedacht, hätte in diesem Falle zur notwendigen Folge, daß dem körperlich Verletzten sein Schmerz mehrfach bezahlt würde.[121]) Daß dies verkehrt ist, leuchtet ein. Es wäre dann nur folgerichtig, wenn man auch den Anstifter als zur Zahlung des Schmerzensgeldes verbunden erachten wollte.

Schließlich müßte man auch, wenn man das Schmerzensgeld als eine Strafe ansieht, bei der Festsetzung desselben auf die Vermögensverhältnisse des Verletzers Rücksicht nehmen, wie es im Straf-

---

[20]) Gaudlitz, S. 369.
[12]) Elterlein, S. 181/182.

recht bei Festsetzung der Geldstrafen in der richtigen Erwägung, daß dieselbe Summe für den einen einen empfindlichen Verlust, für den anderen eine unerhebliche Ausgabe bedeutet, geschieht.

Diejenigen Schriftsteller, welche die Schmerzensgeldklage als eine Strafklage ansehen, subsumieren sie meist unter die actio injuriarum.[122]) Dies erscheint aber deswegen als unrichtig, weil diese stets dolus voraussetzt, ein Schmerzensgeld aber sowohl bei Vorsatz als bei Fahrlässigkeit des Thäters gewährt wird. Die Analogie aus der Injurienklage, daß, weil diese, welche eine Vergütung für Seelenschmerz gebe, anerkanntermaßen eine Pönalklage sei, auch die Schmerzensgeldklage, indem sie eine Vergütung für körperliche Schmerzen gewähre, eine Strafklage sein müsse, ist nicht zwingend. Es lassen sich physische Schmerzen leichter abschätzen, als psychische, und es entspricht unserm Empfinden eher, für einen physischen Schmerz uns einen Ersatz zahlen zu lassen, als für einen psychischen. Die Entwicklungsgeschichte der Schmerzensgeldklage, welche zeigt, daß die Meinung derer, welche das Schmerzensgeld als eine Entschädigung angesehen haben, stets die herrschende gewesen ist, ist der beste Beweis hierfür. Zudem hat auch die gemeinrechtliche Injurienklage neben ihrer Straffunction auch eine Entschädigungsfunction und hat sich in dieser letzteren Eigenschaft als Klage auf Schadensersatz erhalten.[123])

b. Die Schmerzensgeldklage ist eine Ersatzklage.

Es ist bisher nachgewiesen worden, daß die Schmerzensgeldklage keine Privatstrafklage sein kann. Wenn sie aber keine Strafklage ist, so muß sie nothwendig unter die andere Kategorie der aus Delicten entspringenden Klagen fallen, sie muß eine Ersatzklage sein. Im Folgenden aber soll auch positiv gezeigt werden, daß die Schmerzensgeldklage ihrer inneren rechtlichen Natur nach keine andere als eine Ersatzklage sein kann.

---

[122]) Farinacci, Opera omnia, Lib. I. tit. 5 quaest. 37 n. 111, bezeichnet die Schmerzensgeldklage als ampliatio der Injurienklage. — Cujacius, Observationes, obs. 17 cap. 17: actio injuriarum magis contumeliae et doloris quam pecuniae persecutionem habet. — Dankwarth (Klüber, S. 62). — Vgl. Seitz. S. 108 ff.

[123]) Dernburg, Pand. II § 137 Anm. 18, 19. — Seufferts Archiv, Band 32 Nr. 232: Auch der mit der actio injuriarum aestimatoria auftretende Kläger fordert im Grunde doch nur eine Vergütung für die ihm angethane Kränkung.

1. Was ist Schaden? Giebt es Schaden, der nicht Vermögensschaden ist? Sind Schmerzen auch Schaden?

Voraussetzung einer Ersatzklage und eines Ersatzes ist, wie aus dem Begriffe des Ersatzes mit Notwendigkeit zu entnehmen ist, ein entstandener oder in Zukunft als entstehend zu erwartender Schaden. Der Begriff des Schadens ist hier im weitesten Umfange zu nehmen.[124]) Man bezeichnet als Schaden Nachteile, welche nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge überhaupt nicht oder zur Zeit noch nicht zu erwarten waren, Verletzung von Rechten öffentlicher oder privater Art. Derjenige, welcher den Schaden erleidet, wird durch das schädigende Ereignis in irgend einer Beziehung benachteiligt, d. h. schlechter gestellt als bisher. Dieser Schaden nun kann von der verschiedensten Art sein, indem er alle Arten von menschlichen Rechtsgütern betreffen kann. Der Besitz von Rechtsgütern ist mit dem Begriffe des Menschen notwendig verbunden; im Rechts- und Culturstaat ist der Mensch auch ohne materielle Rechtsgüter, d. h. ohne Vermögen nicht denkbar. Von rechtlicher Bedeutung ist vorzugsweise der Vermögensschaden, der wieder entweder als damnum emergens oder als lucrum cessans sich darstellt; jedoch darf man nicht sagen, daß bei Rechtsgütern anderer Art ein Schaden nicht denkbar sei. Selbst wenn man den weitesten Begriff des Vermögens zu grunde legt: alle einer Person thatsächlich zustehenden geldwerten Güter, oder die Gesamtheit der geldwerten Beziehungen einer Person, so giebt es doch Rechtsgüter, welche als solche auch anerkannt sind, die sich nicht selbst unter diesen weitesten Begriff des Vermögens bringen lassen: so die Rechtsgüter der Freiheit, der Ehre oder der körperlichen Unversehrtheit, bezw. der Gesundheit. Wenn wir in dem freien Genuß dieser Rechtsgüter beeinträchtigt werden, so liegt darin ein Nachteil, ein Schaden. Wenn man ganz davon absieht, daß in der großen Mehrzahl der Fälle der seiner Freiheit Beraubte eine Vermögenseinbuße erleiden wird, weil er infolge der Behinderung in seiner Freiheit seinen gewöhnlichen Erwerbsgeschäften nicht nachgehen kann, so wird man schon darin einen Nachteil zu erblicken haben, daß derselbe in seiner freien Willensbethätigung in Beziehung auf die Bewegung beschränkt ist. Er ist eben in dieser Beziehung schlechter gestellt, als

[124]) Dernburg, Pand. II § 44.

ein anderer Mensch, oder als wie er selbst gestellt sein würde, wenn die Entziehung der Freiheit nicht stattgefunden hätte. Und daß die Freiheitsentziehung thatsächlich als eine Schädigung, als ein Übel aufgefaßt wird, beweist auch die häufige Verwendung der Freiheitsstrafe im modernen Strafrecht. Ebenso liegt in der Verletzung der Ehre eines Menschen eine Benachteiligung desselben. Denn wenn er infolge der ihm angethanen Beschimpfung bei seinen Mitmenschen an Achtung verliert, so liegt darin zwar zunächst kein materieller Schaden, obwohl ein solcher sehr häufig auch als Folge der Beleidigung sich einstellen wird, z. B. als Schmälerung des Credits, wohl aber erleidet der Beleidigte eine moralische Einbuße und insofern einen Nachteil.

Schließlich ist es auch als ein Schaden anzusehen, wenn die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit und des körperlichen Wohlbefindens verletzt werden. Auch bei der Verletzung dieser Rechtsgüter wird häufig ein Vermögensschaden eintreten in Gestalt von entgangenem Arbeitsverdienst oder geminderter Erwerbsfähigkeit, aber dies ist nicht notwendige Folge, sondern mehr zufällig und mittelbar. Daß aber auch hiervon abgesehen die Verletzung dieser Rechtsgüter einen Schaden bedeute, zeigt sich am klarsten in den Fällen der Körperverletzung, wo der Verletzte ein Glied verloren hat, oder wo ein Organ dauernd oder zeitweilig zum Gebrauche untauglich gemacht ist. Wer in dem normalen Gebrauch seiner Glieder beschränkt oder behindert ist, befindet sich in einer schlechteren Lage, als der, der sie in gewöhnlicher Weise gebrauchen kann. In der Körperverletzung liegt eine Störung des normalen Zustandes und insofern, als diese Störung von dem Verletzten unangenehm empfunden wird, ein Nachteil. Eine Körperverletzung wird dann unangenehm empfunden, wenn sie entweder das moralische oder das physische Empfinden eines Menschen verletzt, d. h. entweder als Verletzung des Ehrgefühls oder als Zufügung von Schmerzen. Bei der Zufügung von Schmerzen besteht folglich der Schaden in der unangenehmen Empfindung, welche die Schmerzen ausmachen, wenn man eben den weitesten Begriff des Schadens annimmt und die Verletzung eines jeden Rechtsgutes, also auch des Rechtsgutes des körperlichen Wohlbefindens hierher rechnet. „Unter Schaden ist nicht bloß der vermögensrechtliche, sondern auch der mit Vermögensnachteilen nicht verknüpfte körperliche oder seelische

Schaden zu verstehen."[125]) Das Reichsgericht rechnet zu dem Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, d. h. zu dem körperlichen oder physischen Schaden die Störung des Wohlbefindens, die erlittenen Schmerzen, die Beeinträchtigung oder den Verlust der Fähigkeit zur Ausübung körperlicher oder geistiger Functionen und die dem Beschädigten dadurch auferlegten Entbehrungen.[126]) Endlich erkennt auch das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich ausdrücklich an, daß es auch einen Schaden giebt, welcher nicht Vermögensschaden ist.[127])

2. Was ist Ersatz? Giebt es einen Ersatz für Schaden, der nicht Vermögensschaden ist? Giebt es auch für erlittene Schmerzen einen Ersatz?

Wer einen Schaden erlitten hat, kann unter gewissen Voraussetzungen verlangen, daß der Schaden durch einen Dritten wieder gut gemacht werde. Die Gründe, aus denen man verpflichtet sein kann, für den Schaden eines Anderen einzustehen, sind verschiedener Art. Die Schadensersatzpflicht kann ihren Rechtsgrund haben in Verschuldung, in Vertrag, sie kann auf Gesetz beruhen, oder durch Verzug hervorgerufen sein. Eine vertragsmäßige Verbindlichkeit tritt beispielsweise ein bei Versicherungsverträgen, eine gesetzmäßige ist diejenige des Erwerbers aus einer Zwangsenteignung oder die der nautae, caupones und stabularii. Von speciellem Interesse für uns aber ist die Verpflichtung zum Schadensersatz, die ihren Rechtsgrund in der absichtlichen oder fahrlässigen Verschuldung des Schadens, d. h. in schuldhafter Beschädigung hat. Wer durch rechtswidriges Thun oder durch pflichtwidriges Unterlassen einem anderen einen Schaden zugefügt hat, und zwar schuldhafterweise, ist verpflichtet, den Schaden wieder gut zu machen.[128]) Jeder Schadensersatzanspruch ist bedingt durch den Nachweis des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Ereignis, für welches der Belangte einzustehen hat, und dem Nachteil, dessen Vergütung gefordert wird.[129])

---

125) Seufferts Archiv, Band 49 Nr. 116,

126) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Band 15 Nr. 108.

127) Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich §§ 847 und 1300.

128) Dernburg, Pand. II § 44 Anm. 4.

129) Regelsberger in Holtzendorffs Encyclopädie..

Durch die Entschädigungsleistung soll der Beschädigte in den Zustand versetzt werden, in dem er sich befunden hätte, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetroffen wäre. Ein entstandener Schaden kann auf zweierlei Art wieder gut gemacht werden, entweder durch Naturalleistung oder durch Ersatzleistung. Bei Vermögensschäden geschieht die Ausgleichung am vollständigsten, wenn der status quo wiederhergestellt wird, wenn nämlich dem Beschädigten gerade dasjenige Vermögensstück wieder zu teil wird, welches ihm durch das schädigende Ereignis entzogen wurde, bezw. wenn ein beschädigtes Vermögensobject wieder in den früheren Zustand versetzt wird. Durch Wiederherstellung des status quo wird allerdings für diejenige Zeit, während welcher der Schaden gedauert hat, keine Vergütung gewährt,[130] vielmehr ist der Schaden rückwärts hin nur durch Leistung einer Vergütung zu beseitigen. Da also die Entschädigung in dem Ersatz des vollen Interesses besteht, so muß neben der Naturalwiederherstellung auch noch ein Ersatz für den in der Vergangenheit liegenden Schaden gegeben werden, mag dieser nun in Vermögensschaden oder nur darin bestehen, daß der Beschädigte es unangenehm empfunden hat, seine Sache während der bestimmten Zeit zu entbehren, ja sogar dann, wenn der Beschädigte sich vielleicht bisher um die Sache nie gekümmert hatte, wenn sie gar keinen Wert für ihn hatte, wenn also der Schaden lediglich darin besteht, daß der Beschädigte den Eingriff in seine Rechtssphäre als einen Unglimpf empfunden hat. Das gemeine Recht nun ist allerdings nicht geneigt, für einen derartigen immateriellen Schaden einen Ersatz zu gewähren, und in der That wird auch der, der einen Vermögensschaden erlitten und für denselben Naturalwiederherstellung erlangt hat, sich meistens damit zufrieden geben, oder doch außerdem nur Ersatz seines sonstigen materiellen Schadens beanspruchen. Ganz anders liegt es dagegen bei der Verletzung immaterieller Güter. Wer seiner Freiheit beraubt gewesen ist, wird eine Ausgleichung nicht schon darin sehen, daß er wieder in die Freiheit gesetzt wird, und daß ihm außerdem sein etwaiger Vermögensschaden vergütet wird, und wer an seiner Gesundheit beschädigt worden ist, wird nicht schon dadurch zufrieden gestellt, wenn seine Gesundheit wiederhergestellt, und die Vermögenseinbuße ihm erstattet wird. Bei

130) Binding, Normen § 58 (S. 349).

der Verletzung der Ehre kann man zweifeln. Die durch eine Beleidigung verletzte Ehre, d. h. Anerkennung in der bürgerlichen Gesellschaft (denn es unterliegt wohl nur die äußere Ehre eines Menschen der Verletzung durch Dritte) kann durch Widerruf und Ehrenerklärung vollständig wiederhergestellt werden. Es liegt in dem Wesen der meisten immateriellen Güter, daß bei ihnen eine Ausgleichung durch einfache Herstellung des normalen Zustandes nicht schon gegeben ist. Bei der Verletzung dieser Rechtsgüter macht sich das Gefühl der erlittenen Kränkung viel intensiver geltend, der Seelenschmerz wegen der erduldeten Unbill läßt den Verletzten den etwa daneben erlittenen Vermögensschaden weniger beachten, er will vor allem Genugthuung haben wegen der Antastung seiner Persönlichkeit. Deshalb ist der Verletzte vornehmlich dann noch nicht befriedigt, wenn auch schon die Folgen des rechtswidrigen Eingriffs in seine Rechtssphäre sich nicht mehr bemerkbar machen. Die Schmerzen hören in der Regel von selbst auf, der Kranke wird geheilt, dem Beleidigten gelingt es, die Achtung seiner Mitmenschen wieder zu gewinnen, aber das Gefühl des erduldeten Unrechts bleibt; es handelt sich um Thatsachen, die sich nicht ungeschehen machen lassen.

Wenn Naturalerfüllung nicht mehr möglich ist, oder wenn durch sie eine vollkommene Ausgleichung nicht herbeigeführt werden kann, so muß es zum Ersatze kommen. Der Ersatz besteht in der Leistung eines Rechtsgutes, welches dem Beschädigten anstelle eines ihm entzogenen oder zerstörten Rechtsgutes oder als Ausgleichung für die Wertminderung eines beschädigten Rechtsgutes gewährt wird: Ersatz ist der Eintritt eines Rechtsgutes für ein anderes. Bei Vermögensschäden soll der Unterschied zwischen dem ursprünglichen Vermögensstande und dem Stande des Vermögens, wie es infolge des schädigenden Ereignisses wurde, ausgeglichen werden. Die Höhe des Ersatzes bestimmt sich nach der Größe des Schadens. Es muß also der Wert des dem Beschädigten entzogenen Vermögensobjectes abgeschätzt und ihm für einen Verlust etwas geleistet werden, was denselben Vermögenswert hat, so daß zwar sein Vermögen um das entzogene Object ärmer, aber um den Ersatzgegenstand reicher erscheint, und auf diese Weise eine Ausgleichung herbeigeführt wird. — Zu bemerken ist noch, daß der Sprachgebrauch häufig auch die Naturalwiederherstellung unter dem Namen des Ersatzes und der Entschädigung mitbegreift.

Schwierig gestaltet sich die Bestimmung des Ersatzes bei anderen Rechtsgütern. Nach einer verbreiteten Ansicht ist bei Schaden an immateriellen Rechtsgütern ein Ersatz überhaupt nicht möglich. Denn wenn der Ersatz wirklich Ersatz sein, d. h. wenn die Ersatzleistung Befriedigung des Verletzten und Ausgleichung herbeiführen sollte, so müßte dem Verletzten ein Rechtsgut zu teil werden, welches seinem Werte nach dem Werte des entzogenen Rechtsgutes entspräche. Die immateriellen Rechtsgüter aber wären unschätzbar, es gäbe daher auch nichts, was ihnen dem Werte nach entsprechen könnte, und folglich wäre ein Ersatz bei ihnen nicht möglich. Der Ersatz besteht nämlich notwendig in einer Leistung von Vermögensobjecten, denn nur Vermögensobjecte lassen sich beliebig von einer Person auf die andere übertragen, die ideellen Rechtsgüter sind dagegen untrennbar mit der Person des einzelnen Menschen verbunden, sie können nicht vom einen auf den anderen übergehen. Wer einem anderen einen Vermögensgegenstand fortnimmt, wird in der Regel die Vorteile, die bisher der andere aus dem Besitze dieses Gegenstandes zog, genießen: bei den ideellen Rechtsgütern ist ihr Verlust durch den einen niemals ein Gewinn derselben durch den anderen. — Da nun also die immateriellen Rechtsgüter einen Vermögenswert nicht hätten und nicht haben könnten, der Ersatz dagegen immer in einer Leistung von Vermögenswert bestehen müßte, ideelle und materielle Rechtsgüter sich also nicht mit einander vergleichen ließen, so folge daraus, daß eine Verletzung der ideellen Rechtsgüter niemals durch eine Leistung von Vermögenswert ausgeglichen werden könne. — Diese Deduction leidet an dem Fehler, daß „Ersatz“ gleich „voller Ersatz“ angenommen wird. Es ist zuzugestehen, daß, weil diese Rechtsgüter unschätzbar sind, und weil ein Ersatz durch Leistung von Rechtsgütern derselben Art oder durch Leistung von Teilen desselben Rechtsgutes nicht möglich ist, ein voller Ersatz durch eine Leistung von Vermögenswert nicht gegeben werden kann. Wohl aber ist eine annähernde Ausgleichung möglich. Aber abgesehen hiervon wäre die obige Deduction nur dann richtig, wenn es sich um eine mathematische Aufgabe handelte. Es ist ein mathematischer Grundsatz, daß ungleichartige Größen sich nicht mit einander vergleichen lassen. Im Rechtsleben aber müssen öfters ganz verschiedenartige Größen in Beziehung zu einander gebracht und mit

einander verglichen werden[131]) Dies ist vor allem von Bedeutung für das Strafrecht, bei der Feststellung des richtigen Verhältnisses zwischen Verbrechen und Strafe. Das von dem Verbrecher verletzte Rechtsgut ist in der Mehrzahl der Delictsfälle ein anderes, als dasjenige, an welchem dem Delinquenten durch die Strafe ein Nachteil zugefügt werden soll. Häufig finden sich im Privatrecht Geldäquivalente für Leistungen, die an sich unschätzbar sind und keinen Vermögenswert haben. So handelt es sich bei der Thätigkeit als Lehrer von Kunst und Wissenschaft, als Arzt oder als Rechtsanwalt überwiegend um unschätzbare Dienste, und doch werden für solche Dienste Geldäquivalente gegeben, welche unter dem Namen des Honorars dem, der für uns thätig geworden ist, eine Vergütung für seine Bemühungen gewähren sollen. Man kann nicht sagen, daß diese Dienstleistungen einen Vermögenswert hätten, weil in vielen Fällen für die Vergütung derselben bestimmte Taxen beständen, und man für die gleiche Summe Geldes von jedem anderen, der dieselbe Kunst ausübte oder dieselbe Wissenschaft verstände, den gleichen Dienst sich leisten lassen könnte. Hiergegen spricht die Auffassung dieser Leistungen und der dafür zu gewährenden Honorare in der bürgerlichen Gesellschaft. „Honorar ist nicht Lohn; es bezweckt nicht Geldgewinn; es wird gewährt als Bezeigung der Dankbarkeit, als Anerkennung für geleistete Dienste, als Entschädigung für Auslagen, die im einzelnen nicht leicht berechnet werden können, wie auch als eine Sustentation während der Zeit der Geschäftsbesorgung.[132]) Die Aufstellung bestimmter Taxen hat nur den Zweck, es zu erleichtern, eine angemessene Vergütung zu finden, einen gewissen Anhalt dafür zu geben, da man selbst meist nicht in der Lage ist, beurteilen zu können, welches Maß von Mühe und Arbeit, welcher Aufwand von Verständnis und Geschicklichkeit bei dieser oder jener Dienstleistung erforderlich gewesen ist.

Ähnlich liegt der Fall, wenn Beleidigungen und Kränkungen durch Geschenke wieder gut gemacht werden sollen. Auch die Ersatzklage wegen eines gebrochenen Verlöbnisses giebt ein Beispiel, denn es soll dem verlassenen Teile für die demselben verursachte Kümmernis, welche sich doch sicherlich nicht ihrem Geldwerte nach abschätzen läßt,

---

131) Wächter, Die Buße, S. 74.

132) Dernburg, Pand. II § 115.

ein Ersatz zugebilligt werden, während der Gedanke, daß der schuldige Teil eine Strafe erleiden solle, zwar ebenfalls in dieser Klage liegt, aber doch gegenüber dem Entschädigungszweck nur von untergeordneter Bedeutung ist.

Aus der Ungleichheit des verletzten ideellen Rechtsgutes und der notwendig in Vermögenswerten bestehenden Ersatzleistung ist daher nicht zu folgern, daß sie sich nicht in Beziehung zu einander bringen ließen, und daß sie nicht mit einander verglichen werden könnten. Aus den angeführten Beispielen ergiebt sich im Gegenteil, daß thatsächlich auch diese ungleichartigen Größen in Beziehung zu einander gesetzt, mit einander verglichen, gegeneinander aufgewogen werden. Es folgt daraus, daß sie auch für einander eintreten können, daß namentlich für ein verletztes ideelles Rechtsgut ein in einer Summe Geldes bestehendes materielles Rechtsgut einen Ersatz bilden kann. Wie die Ausgleichung von Vermögensschaden dahin geht, daß der Beschädigte in den vor Zufügung des Schadens vorhandenen Vermögensstand versetzt wird, in einen Zustand, in welchem er die geschehene Vermögensschädigung nicht mehr fühlt, so geht sie bei Schaden an immateriellen Rechtsgütern dahin, daß der Verletzte in einen Zustand versetzt wird, in welchem er den Seelen- oder Körperschmerz oder die unangenehme Emdfindung nicht mehr fühlt, bezw. dieselben infolge der durch Empfang einer Summe Geldes in ihm hervorgerufenen angenehmen Empfindung nicht mehr unangenehm empfindet. „Alle Güter, der innere Seelenfrieden wie der Vermögensbesitz berühren sich in dem einem Indifferenzpunkte, in dem individuellen Genusse, welcher eben nur, wenn auf der einen Seite in irreparabler Weise gestört, auf der anderen Seite um so reicher zugewogen werden soll.“[133]) Das Gefühl des erlittenen Unrechts, welches bei jedem Eingriff in unsere Rechtssphäre, oft ganz unabhängig von der Größe des dadurch herbeigeführten wirklichen Schadens, sich geltend macht, soll soviel als möglich ausgeglichen werden, und dies kann sehr wohl durch eine an den Verletzten zu zahlende Summe Geldes geschehen, indem die Zuwendung eines Vermögensvorteils eine angenehme Empfindung in dem Verletzten hervorruft, welche das unangenehme Gefühl des erlittenen Unrechts aufwiegt.

---

133) Kohler, Patentrecht, S. 651/652.

Der der vorstehenden Erörterung zu Grunde liegende Gedanke, daß es sich bei einer Rechtsverletzung nicht blos um den Geldwert, sondern um eine Genugthuung für das verletzte Rechtsgefühl handelt, war, wie Ihering[134]) ausführt, der modernen Jurisprudenz völlig abhanden gekommen, und er muß auch von denen, die die Schmerzensgeldklage als eine Strafklage ansehen, verworfen werden. Der Vorwurf des „platten, öden Materialismus", den Ihering in seiner im Jahre 1872 erschienenen Schrift: Der Kampf ums Recht der „modernen Jurisprudenz" macht, ist der heutigen Jurisprudenz gegenüber nicht mehr begründet. Der von Ihering vertretene Gedanke — ohne die in jener Schrift sich findenden Übertreibungen — hat heutzutage viele Anhänger; er ist auch in der Reichsgesetzgebung zum Ausdruck gelangt, und „es ist nur zu wünschen, daß der deutsche Gesetzgeber die Bahn, die er mit der Buße betreten hat, nicht so bald verlassen, sondern weiter und weiter verfolgen möge: es ist die Bahn, welche durch das Princip der möglichst vollen Ausgleichung eines jeden widerrechtlich zugefügten Schadens vorgezeigt wird. Nicht nur der vermögensrechtliche Nachteil, sondern der körperliche Schmerz, das Gefühl des erlittenen Unrechts, die durch den Eingriff in das Recht erlittene Unruhe, die Kümmernis, welche der Verletzte empfindet, wenn ihm ein persönlich wertvolles Gut entrissen, eine persönlich teuere Conception schnöde verraten wird: Alles dies soll, soviel wie möglich, gut gemacht werden.[135]) — Die im § 260 der Civilproceßordnung enthaltene Vorschrift, daß das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen zu entscheiden hat, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, giebt in Verbindung mit dem in § 259 ausgesprochenen Princip der freien Beweiswürdigung dem Richter die Möglichkeit, den Ihering'schen Gedanken in der Rechtsprechung zur Geltung zu bringen.

Bis zum Inkrafttreten der Civilproceßordnung war allerdings der gemeinrechtliche Schädenproceß berüchtigt wegen seiner Schwerfälligkeit und wegen der Umständlichkeit des Beweises des Schadens durch den Beschädigten. Da der Kläger seinen Schaden genau bis

[134]) Ihering, Der Kampf ums Recht, S. 91.

[135]) Kohler, Patentrecht, S. 651.

ins einzelne nachzuweisen hatte, so konnte natürlich schon deshalb von einer Berücksichtigung des Schadens an ideellen Rechtsgütern nicht wohl die Rede sein, weil ein solcher Schaden sich nicht ziffermäßig nachweisen läßt. Dies ist durch das von der Civilproceßordnung eingeführte Princip der freien Beweiswürdigung durchaus anders geworden. Speciell die Schmerzensgeldklage hat jedoch schon vorher eine Ausnahme gemacht, insofern als bei ihr freies richterliches Ermessen stattfand, weil nämlich der Anspruch auf ein Schmerzensgeld meistens im strafprocessualen Adhäsionsverfahren geltend gemacht werden mußte, und für dieses die formelle civilrechtliche Beweistheorie nicht bestand. Sie, deren Klagegegenstand eine Vergütung wegen körperlicher Schmerzen ist, also ein Anspruch auf Ersatz von Schaden, der nicht das Vermögen betrifft, ist vielleicht als Vorläuferin der modernen Buße anzusehen. Daß der Gedanke, einen Ersatz auch für Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, zu gewähren, zuerst bei den physischen Schmerzen hervortrat, ist daraus zu erklären, daß die Berücksichtigung der Schmerzen für eine weniger durchgebildete, mehr materielle Rechtsauffassung natürlich erscheint, weil jedenfalls der Entwicklungsgang des Rechts dahin geht, zunächst die für das körperliche Wohlbefinden unentbehrlichen Güter in den Kreis der Rechtsgüter aufzunehmen, die ideellen Güter dagegen erst verhältnismäßig spät des Rechtsschutzes teilhaftig geworden sind. Welchen Einfluß außerdem das Institut der Folter ausgeübt haben mag, ist in dem historischen Teile (S. 9, 10) dargelegt worden.

Der Schwierigkeit der rechtlichen Construction einer Entschädigung für die Entziehung der Freiheit ist es zum Teil zuzuschreiben, daß bisher die Frage der Entschädigung unschuldig Verurteilter noch nicht gelöst ist. Eine Eigentümlichkeit des sächsischen Rechts ist die sog. Sachsenbuße, welche im Falle unrechtmäßiger Freiheitsentziehung, sei es durch einen Beamten, sei es durch eine Privatperson, dem Eingesperrten für jeden Tag der Gefangenhaltung den Betrag von einem Thaler, zehn Neugroschen zubilligt.[136]) Auch die Sachsenbuße ist keine

[136]) Das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch, § 1497, verpflichtet den Schuldigen, dem Beschädigten die Freiheit wieder zu verschaffen, den entgangenen Verdienst und allen sonst verursachten Schaden nach richterlichem Ermessen zu ersetzen, auch überdies für jeden Tag der Gefangenhaltung den Betrag von 1 Thaler, 10 Neugroschen zu zahlen.

Privatstrafe, sondern analog dem Schmerzensgeld eine Entschädigung für das Unbehagen der Freiheitsentziehung; sie unterscheidet sich aber dadurch vom Schmerzensgeld, daß ihr Betrag gesetzlich fixiert ist.[137])

c. Welche Gründe sprechen noch besonders für die Auffassung der Schmerzensgeldklage als Ersatzklage?

Wenn, wie aus dem vorhergehenden Abschnitt sich ergiebt, die Schmerzensgeldklage nach allgemeinen Gesichtspunkten im heutigen Recht als eine Ersatzklage aufgefaßt werden kann: so wäre: nachdem auch schon nachgewiesen ist, daß dieselbe nicht als Privatstrafklage aufgefaßt werden darf: ein Beweis für ihre Entschädigungsnatur schon damit gegeben, daß nachgewiesen würde, daß in der That die Auffassung des Schmerzensgeldes als Entschädigung immer die herschende gewesen ist.

Der Einwand, welcher überhaupt gegen die Ersatznatur der wegen der Verletzung immaterieller Rechtsgüter gegebenen Klagen geltend gemacht wird, ist natürlich auch speciell gegen die Ersatznatur der Schmerzensgeldklage gerichtet. — Wie schon der Name besagt, besteht die an den Kläger wegen erlittener Schmerzen zu machende Leistung in einer Summe Geldes. Wiewohl nun auch hier die von dem Verletzten erduldeten Schmerzen und die von dem Verletzer zu zahlende Summe Geldes ganz verschiedenartige Größen sind, so läßt sich doch auch hier ein Gleichungspunkt finden. Man kann nämlich die dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung nach dem Maße ihrer größeren oder geringeren Heftigkeit und Dauer abschätzen. Diese unangenehme Empfindung soll dadurch ausgeglichen werden, daß eine angenehme Empfindung in dem Verletzten hervorgerufen wird, indem er eine größere oder geringere Summe Geldes erhält.[138]) Man kann zwar nicht sagen, daß die Schmerzen oder das körperliche Wohlbefinden diesen oder jenen Geldwert hätten, aber die unangenehme Empfindung, das Schmerzgefühl, ist bei der einen Verletzung stärker, als bei der anderen: und bei Empfang einer größeren Summe Geldes ist die dadurch hervorgerufene angenehme Empfindung stärker als bei Empfang einer geringeren Summe. Es läßt sich also

137) Stobbe, Deutsches Privatrecht § 203 III.

138) Windscheid, Pand. § 455. — Seufferts Archiv, Band 32. Nr. 232.

auf diesem Wege ein Gleichungspunkt der verschiedenartigen Größen des Rechtsgutes des körperlichen Wohlbefindens und des Rechtsgutes des Vermögens finden, und es kann das Schmerzensgeld als eine Entschädigung angesehen werden.[139]) Durch diese Ausgleichung der unangenehmen Empfindung der körperlichen Schmerzen durch die angenehme Empfindung einer Geldzuwendung wird der Verletzte in einen Zustand versetzt, in welchem er die frühere Verletzung nicht mehr fühlt, in welchem er volle Befriedigung empfindet. Hiermit ist auch dem Erfordernis, welches Seitz für eine Ersatzklage aufstellt, genügt.[140]) Es kommt hierbei auf die Individualität des einzelnen Menschen an, ob er sich in seinem gekränkten Rechtsgefühl für wiederhergestellt erachtet oder nicht. Es werden namentlich minder gebildete Leute leichter geneigt sein, für die von ihnen ausgestandenen Schmerzen eine Summe Geldes sich bezahlen zu lassen und diese als Ersatz und Ausgleichung zu betrachten.[141])

Wenn auch in den bei weitem meisten Fällen zu der Zeit, wo wegen der erlittenen Schmerzen ein Anspruch erhoben wird, oder wo es zur gerichtlichen Verhandlung wegen dieses Anspruches gekommen ist, der Verletzte gar keine Schmerzen mehr empfindet, so ist doch das Gefühl des erlittenen Unrechts in ihm zurückgeblieben, und es ist durchaus gerechtfertigt, wenn ihm hierfür eine Genugthuung zugesprochen wird.

Das Bestehen einer besonderen Schmerzensgeldklage, d. h. einer Klage, mit welcher nur wegen der erlittenen Schmerzen eine Vergütung beansprucht wird, ist nicht anzunehmen, vielmehr kann nach der gemeinrechtlichen Praxis ein Schmerzensgeld nur zugleich mit dem Ersatz des anderweit erlittenen Schadens verlangt werden.[142])

Man hat die Schmerzensgeldklage unter den Begriff der auf Grund deutscher Rechtsanschauungen erweiterten actio legis Aquiliae utilis zu subsumieren, indem geleugnet wird, daß nur bei Vermögens-

---

139) Wächter, Die Buße, S. 75/76. — Stobbe, Deutsches Privatrecht § 203.2

140) Seitz, S. 167.

141) Aus dieser Erwägung ist wohl die Beschränkung des Schmerzensgeldes auf Personen niederen Standes im A. L. R. zu erklären. — Wächter, die Buße, S. 75: Die Auffassung der Schmerzensgeldklage als einer Ersatzklage wird vielen minder Gebildeten als natürlich erscheinen. — Bernstein, cap. V § 6.

142) Vgl. aber Stobbe, Deutsches Privatrecht, Band III § 203 2.

schaden ein Ersatz zulässig ist. Der Begriff des damnum, der im römischen Recht immer nur einen Vermögensschaden bezeichnet, ist erweitert und auch auf Schaden an immateriellen Gütern ausgedehnt worden. Seitz legt der Theorie eine viel zu große Bedeutung bei, wenn er den Juristen des 17. Jahrhunderts den Vorwurf macht, unzulässigerweise unter dem Worte damnum auch Körperschaden verstanden zu haben [143]) Dies ist nicht, wie Seitz S. 175 annimmt, auf den Irrtum der damaligen Juristen zurückzuführen, daß das damnum injuria datum der lex Aquilia auch in Rom nicht bloß einen Vermögensschaden, sondern auch einen Körperschaden bedeutet habe, sondern diese Juristen machten sich mit vollem Bewußtsein frei von der römischen Auffassung.

Ueberhaupt ist die actio legis Aquiliae in veränderter Gestalt in das heutige Recht übergegangen. Im römischen Recht fiel sie unter die Kategorie der actiones mixtae, indem sie mit dem Entschädigungszweck den Strafzweck verband. Die Strafe bestand darin, daß wegen der eigentümlichen summarischen Festsetzung der Entschädigung (höchster Wert im letzten Jahre bei Tötung eines fremden Sklaven oder Vierfüßlers: I. Kap. — bezw. höchster Wert in den letzten dreißig Tagen bei Schadenszufügung anderer Art: III. Kap.)[144]) der Beschädigte meist mehr erhielt, als sein wirklicher Schaden betrug.

Im heutigen Recht tritt dagegen einfache Abschätzung des wirklich erlittenen Schadens ein, und damit ist die Strafnatur der Klage

---

143) Seitz, S. 107.

144) L. 2 D. Ad legem Aquiliam 9,2: Lege Aquilia capite primo cavetur: (ut) qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem, injuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantam aes dare domino damnas esto. — L. 27 D. h. t.: Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto. — § 19 I. Deactionibus 4,6. — Theophilus, Paraphr. gr.: *Ἰδοὺ ἐνταῦθα, εἰ καὶ εἰς ἁπλοῦν κινεῖται, ὅμως ἔχει καὶ ποινῆς ἀπαίτισιν. τοῦ γὰρ ἀναιρεθέντος οἰκέτου ἔσθ᾽ ὅτε ἀξίου ὄντος κατὰ τὸν καιρὸν τῆς ἀναιρέσεως ι′ νομισμάτον, ἡ καταδίκη γίγνεται εἰς ρ′ νομίσματα, διὰ τὸ τοσούτου ἄξιον αὐτὸν γεγενῆσθαι κατ᾽ ἐκεῖνον τὸν καιρὸν, ἐν ᾧ ὑγιὴς ἦν.*

beseitigt: sie hat im gemeinen Recht nur noch eine Entschädigungs-function.[145]) Eine andere Eigentümlichkeit der Klage: lis infitiando crescit in duplum ist heute gleichfalls beseitigt, wie die meisten der zahlreichen römischen Proceßstrafen heute beseitigt sind.[146])

Die actio legis Aquiliae utilis ist insofern erweitert worden, als heute auch ein Ersatz gegeben wird propter cicatrices et deformitatem, was das römische Recht ausdrücklich ausgeschlossen hatte. Hierhin muß auch das Schmerzensgeld gestellt werden, und in der That ist von den meisten Schriftstellern, zuerst von Struve, der Anspruch auf ein Schmerzensgeld unter die Aquilische Klage auf Ersatz gerechnet worden.[147])

Von einigen wird die Schmerzensgeldklage als eine besonders geartete Klage angesehen, welche eine Mittelstellung zwischen den Ersatzklagen und den Strafklagen einnehme. Nur so viel ist zu-zugestehen, daß sie einige Eigentümlichkeiten hat, durch welche sie sich von den reinen Entschädigungsklagen unterscheidet. Es läßt sich auch logisch gar keine Mittelgattung zwischen Ersatz- und Strafklagen denken, denn die Syndicatsklage, als welche auch die Schmerzensgeld-klage mitunter angesehen wird, ist nichts anderes als eine Ersatzklage. Die Syndicatsklage war ursprünglich nur wegen schuldhafter Handlungen der Vormundschaftsrichter gegeben,[148]) wurde aber durch die Praxis

---

145) Dernburg, Pand. II § 131 c. — Arndts, Pand. § 324. — Wächter, Pand. II § 215. — Windscheid, Pand. II § 455. — Glück, Commentar § 705,1.

146) Dernburg, Pand. II § 131 a. E. — Wächter, Pand. II § 215. — Glück, Commentar § 705,2. — Windscheid, Pand. II § 455. Anm. 25 ist principiell für die heutige Geltung der Strafe der Verurteilung in das Doppelte des Wertes im Falle des Leugnens. Gleichwohl erkennt auch er an, daß dieselbe nicht in lebendigem Gebrauch ist.

147) Struve, Jurisprudentia Rom.-Germ. for. Lib. III tit. 23 § 19. — Rumpel, cap. I thes. V: Hinc actio, qua pecunia doloris petitur, est utilis legis Aquiliae. Dico, quod sit utilis, cum detur pro eo, quod interest, et ad emendationem damni dati vulneratione liberi corporis, ad quam directa non est comparata, cum aestimationem illud non recipiat; aestimatio autem vulneris simul sit cum doloribus tanquam connexis, in sententia judicis, quae desuper profertur. — Dernburg, Pand. II § 132,1. — Windscheid, Pand. II § 455,7. — Glück, Commentar § 705,5.

148) L. 5 C. De magistratibus conveniendis 5,75: Jn Magistratus municipales tutorum nominatores, si administrationis finito tempore non fuerint solvendo, nec ex cautione fidejussionis solidum exigi possit, pupillis

bald auf alle Beamten ausgedehnt. Bezüglich der Richter war dies in der Reichskammergerichtsordnung von 1555 ausdrücklich ausgesprochen, jedoch auf den Fall vorsätzlicher Rechtsbeugung beschränkt. Erst später wurde durch die Praxis die culpa lata dem dolus gleichgestellt. Mit dieser Klage aber kann der Beamte nur für den Ersatz des durch sein Verschulden einer Person erwachsenen Schadens haftbar gemacht werden, dagegen ist die strafrechtliche Verfolgung des Beamten wegen Verletzung seiner Amtspflichten hiervon ganz unabhängig.[149]) Der Name Syndicatsklage bezeichnet also nicht eine besondere Klagengattung, sondern er ist nur ein Klagenamen, wie die anderen Klagenamen auch. — Abgesehen hiervon kann als Syndicatsklage nur der einzige, in der Carolina hervorgehobene Fall der Schmerzensgeldklage, in welchem der Richter einen Angeschuldigten widerrechtlich der peinlichen Frage unterwirft, bezeichnet werden, der einerseits selbst heute nicht mehr practisch ist, und über den hinaus andererseits die heutige Schmerzensgeldklage auf alle Fälle widerrechtlicher Körperverletzung ausgedehnt ist.

Eine Abweichung der Schmerzensgeldklage von den Entschädigungsklagen besteht zunächst bezüglich des Überganges der Klage auf die Erben. Von fast allen Schriftstellern und auch von der Praxis wird die Schmerzensgeldklage für activ unvererblich erklärt.[150]) Einige wollen sogar auch die Erben des Thäters nicht zur Bezahlung des

---

quondam in subsidium indemnitatis nomine actionem utilem competere ex Senatus consulto, quod auctore Divo Trajano, Parente nostro, factum est, constitit. — L. 7 D. De magistratibus conveniendis 27,8. — L. 5 § 4 D. De obligationibus et actionibus 44,7.

149) Reichsstrafgesetzbuch, §§ 331 ff. — Vgl. Bürgerl. Gesetz-Buch § 839.

150) Seufferts Archiv, Band 8 Nr. 138: Eine Vererbung des dem Verwundeten zustehenden Anspruchs auf Schmerzensgeld findet nicht statt. Die dem deutschen Reiche angehörende Schmerzensgeldklage kann nur nach Analogie der ästimatorischen Injurienklage des römischen Rechts beurteilt werden, da es sich bei derselben nicht um Vergütung für einen erlittenen Vermögensnachteil handelt, sondern, wie mittels jener Klage für die durch die Ehrverletzung erlittene Seelenkränkung, so hier für die durch thätliche Mißhandlung erlittene Körperverletzung eine in einem Vermögensvorteil bestehende Ausgleichung herbeigeführt werden soll. Der Anspruch auf Schmerzensgeld nach deutschem Recht ist nur als eine persönliche Genugthuung für den Verletzten anzusehen. — Stobbe, Deutsches Privatrecht, III § 203.2, verneint die active Vererblichkeit mit der Begründung, daß die Schmerzensgeldklage als actio vindictam spirans anzusehen sei. — Glück, Commentar § 705,5.

Schmerzensgeldes verbunden wissen.[151]) Die active Unvererblichkeit begründet Windscheid sehr treffend: „Wenn auch das Schmerzensgeld nicht Genugthuung für eine dem Verletzten zugefügte Kränkung ist, so ist es doch Entschädigung für etwas, was ebensowenig auf die Erben des Verletzten übergeht, wie die Ehrenkränkung. Es stirbt mit dem Verletzten auch der von ihm erduldete Schmerz, während der Vermögensschaden dauert und auf die Erben übergeht". — Es handelt sich um eine in dem Wesen des Schmerzensgeldes begründete Anomalie, und da im übrigen die Entschädigungsnatur desselben feststeht, so hat man sie trotz dieser Besonderheit als Ersatzklage anzusehen. Da außerdem die Mehrzahl der Körperverletzungen, nämlich die leichten vorsätzlichen und alle fahrlässigen, nur auf einen dahin gehenden Antrag strafrechtlich verfolgt werden, und da ein Schmerzensgeld nur zugesprochen wird, wenn der Verletzer wegen der Körperverletzung strafrechtlich verurteilt worden ist,[152]) so ist schon um deswillen in vielen Fällen der Übergang des Schmerzensgeldanspruchs auf die Erben nicht möglich.

In den Institutionen[153]) ist die Regel ausgesprochen, daß die aus Delicten entspringenden Klagen nicht gegen die Erben des

---

151) Quistorp, Peinl. Recht § 337, leugnet die passive wie die active Vererblichkeit. — Dagegen läßt Dankwarth die Klage in beiden Richtungen auf die Erben übergehen, ohne Unterschied, ob die Klage noch zu Lebzeiten des resp. Erblassers, oder erst nach dessen Tode angestellt ist. — Ebenso Bernstein, cap. V § 13. — Kurfürstlich Sächsisches Duellmandat vom Juli 1712.

152) Ausgenommen sind die Fälle, in denen die Körperverletzung an sich strafwürdig erscheint, wo aber die Strafbarkeit infolge besonderer Strafaufhebungsgründe entfällt, z. B. wenn der Deliquent wegen Verjährung nicht mehr verfolgt werden kann, wenn sein Tod dem Strafverfahren gegen ihn ein Ende macht. In diesen Fällen besteht der Anspruch auf ein Schmerzensgeld, trotzdem eine strafrechtliche Verurteilung nicht erfolgt ist. Auch die Begnadigung übt keinen Einfluß auf diesen Anspruch aus.

153) § 1 J. De perpetuis et temporalibus actionibus, et quae ad heredes et in heredes transeunt. 4,12: Non autem omnes actiones, quae in aliquem aut ipso Jure competunt, aut a Praetore dantur: et in heredes aeque competunt, aut dari solent. Est enim certissima Juris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem (rei) non competere: (veluti) furti, vi bonorum raptorum, injuriam, damni injuriae. Sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, et si qua alia similis inveniatur. — Theophilus, Paraphr. gr. Jnst. IV, 12: ἐπὶ

Delinquenten gehen, daß aber andererseits diese Klagen den Erben des Verletzten zustehen sollen; von der letzteren Regel sind jedoch die Injurienklagen und ähnliche Klagen ausgenommen. Die Schmerzensklage nun ist insofern der Injurienklage ähnlich, als auch sie Genugthuung für eine persönliche Unbill bezweckt, und deshalb ist anzunehmen, daß sich der Anspruch auf Schmerzensgeld auf die Rechtsnachfolger des Verletzten nicht vererbe. Daß dies dennoch geschehe, wenn der Erblasser erst nach der Klageerhebung gestorben ist, ist selbstverständlich.

Umgekehrt ist aber die passive Vererblichkeit der Schmerzensgeldklage als das Richtige anzusehen. Die römische Regel, daß die Erben des Schuldigen für dessen Delict nicht hafteten, sondern nur die an sie gelangte Bereicherung herauszugeben haben,[154]) ist, nachdem das kanonische Recht das entgegengesetzte Princip aufgestellt hatte,[155]) für das gemeine Recht dahin abgeändert worden, daß die Erben des Schuldigen soweit ersatzpflichtig sind, als der Betrag der Erbschaft reicht.[156]) Dieses allgemeine für die Ersatzklagen geltende Princip ist auch auf die Schmerzensgeldklage anwendbar.

Zu bemerken ist noch, daß die Buße durch § 444 der Strafproceßordnung in jedem Falle für unvererblich auf Seiten des Berechtigten erklärt ist.[158]) Auch hat sich das Reichsgericht für die active Unvererblichkeit der Schmerzensgeldklage ausgesprochen und dies

---

γὰρ τῆς injuriarum, *ἐπειδὴ ἡ ὕβρις, ἡ εἰς ἐμὲ γενομένη, οὐ μειοῖ τὴν ὑπόστασιν, εἰκότως καὶ ὁ κληρονόμος ὁ ἐμός, ὡς μὴ συναδικηθεὶς, ταύτην οὐχ ἕξει.* —

154) L. III § 1 D. De regulis juris 50,17: In heredem non solent actiones transire, quae poenales sunt ex maleficio: veluti furti, damni injuriae, vi bonorum raptorum, injuriarum. — L. 38 D. l. c.: Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat: ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.

155) C 5 X. De raptoribus 5,17: Heredes ejus moneas et compellas, ut his quibus ille per incendium vel alio modo damna contra justitiam irrogaverat, juxta facultates suas condigne satisfaciant, ut sic a peccato valeat liberari.

156) Glück, Commentar § 705,4. — Dernburg, Pand. II § 129.

157) Glück, Commentar § 705,5. — Dernburg, Pand. II § 132,1.

158) Strafproceßordnung § 444 Abs. 4: Der Anspruch auf Buße kann von den Erben des Verletzten nicht erhoben oder fortgesetzt werden.

aus dem Charakter derselben hergeleitet: das Schmerzensgeld sei keine reine Entschädigung.[159])

Die Gewährung des Schmerzensgeldes als einer Entschädigung ist auch eine Forderung der Billigkeit. Wenn auch die öffentliche Bestrafung des Verletzers dem Verletzten eine gewisse Genugthung gewährt, so ist dies doch gerade dann nicht oder wenigstens nicht in ausreichendem Maße der Fall, wenn die Schmerzen im Verhältnis zu der Schwere der Verletzung und also im Verhältnis zu der öffentlichen Strafe besonders groß sind. Man könnte einwenden, daß der infolge anderer Rechtsverletzungen eintretende seelische Schmerz oft viel intensiver ist, und daß deshalb hier ein Schmerzensgeld oder eine dem Schmerzensgeld entsprechende Entschädigung mindestens ebenso gerechtfertigt erscheine, doch läßt sich ein physischer Schmerz eher abschätzen als ein psychischer, und der psychische Schmerz würde zu sehr nach der Individualität des Verletzten variieren.

Auch der Umstand, daß ein Schmerzensgeld nur auf Antrag zuerkannt wird, spricht für seine Entschädigungsnatur. Denn eine Strafe tritt regelmäßig unabhängig von dem Antrage des Verletzten ein, und wenn auch die Mehrzahl der Körperverletzungen sogenannte Antragsdelicte sind, so besteht doch noch der weitere Unterschied, daß dieser Antrag nur in seltenen Fällen zurückgenommen werden kann, während hingegen der Verletzte den Anspruch auf Schmerzensgeld stets wieder fallen lassen kann.

Bezüglich der Verjährung ist die allgemeine civilrechtliche Verjährungszeit von dreißig Jahren auch für die Schmerzensgeldklage

---

159) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band 8, S. 117: Der Anspruch auf Schmerzensgeld ist ein eigentümliches Rechtsgebilde, welches trotz des in der Praxis ihm gegebenen Characters eines civilrechtlichen Ersatzanspruchs seinen Ursprung als eine Art Buße nicht völlig verleugnen kann. Das wird auch von der Doctrin anerkannt, es wird namentlich der Anspruch für nicht aktiv vererblich betrachtet. — Seufferts Archiv Band 47 Nr. 271: Es sind keineswegs alle Entschädigungsklagen als solche zu erachten, welche auf die Erben vom Erblasser unbedingt übergehen. Alle Klagen sind ausgenommen, welche sich auf Rechte beziehen, die mit der Person des Berechtigten dem Gesetze, der Natur der Sache oder besonderem Vertrage zufolge erlöschen. — Holtzendorff, Rechtslexikon, Art. Schmerzensgeld: Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches auf die Erben des Verletzten ist nach beiden Ansichten ausgeschlossen, weil der in dem Schmerzensgeld gewährte Ersatz immerhin eine Art von Genugthuung für den von dem Verletzten erduldeten Schmerz ist, welche von seinen Erben nicht beansprucht werden kann.

anzunehmen als die der Natur derselben als Entschädigungsklage entsprechende. Da nun die strafrechtliche Verfolgung der ursächlichen Körperverletzung stets in bedeutend kürzerer Frist verjährt,[160]) so ergiebt sich, daß in diesen Fällen ein Schmerzensgeld gefordert werden kann, ohne daß es wegen der Körperverletzung zu einer strafrechtlichen Verfolgung und Verurteilung gekommen wäre (S. 77 Anm. 149). Alsdann müßte der Anspruch auf Schmerzensgeld im Civilproceß geltend gemacht werden. Dieser civilprocessuale Weg ist in seiner Zulässigkeit für das gemeine Recht zwar bestritten, dennoch als dem Wesen der Sache entsprechend zu erachten. Er ist auch speciell für Bayern durch das bayerische Ausführungsgesetz zur Civilproceßordnung anerkannt.

Vom legislatorischen Standpunkte aus ist über das Schmerzensgeld zu bemerken, daß die Tendenz desselben, in den Fällen der Körperverletzung dem Beschädigten auf dem kürzesten Wege zu einer billigen Entschädigung zu verhelfen, durchaus zu billigen ist. Das Schmerzensgeld ist meistens nicht Selbstzweck: der Verletzte wird abgehalten, auf dem schwierigeren und kostspieligen Wege des Civilprocesses eine Entschädigung für seinen Schaden vermögensrechtlicher und nicht vermögensrechtlicher Art zu suchen, wenn ihm unter dem Namen des Schmerzensgeldes eine namhafte Summe zugesprochen wird. In dieser Hinsicht entspricht das Schmerzensgeld der Buße. Hierbei besteht aber derselbe Übelstand, wie bei der Buße, daß nämlich dem Verletzten, wenn er sich durch das richterliche Erkenntnis in seinen Ansprüchen verkürzt glaubt, die zweite Instanz entzogen ist, weil gegen den Verurteilten nicht in durius erkannt werden darf.[161])

Die Schmerzensgeldklage in den partikularrechtlichen Codifikationen.

Wenig befriedigend ist die Behandlung des Schmerzensgeldes im preußischen Allgemeinen Landrecht,[162]) sowohl wegen mangelnder Klar-

160) Reichsstrafgesetzbuch § 67.

161) Wächter, die Buße, S 10/11.

162) A. L. R. Teil I. Titel 6 § 112: Wegen erlittener Schmerzen können Personen vom Bauern- oder gemeinen Bürgerstande, denen dergleichen Verletzung aus Vorsatz oder groben Versehen zugefügt worden, ein billiges Schmerzengeld fordern. — § 113: Der Betrag dieses Schmerzengeldes ist nach dem Grade der aus-

heit in der Auffassung desselben, als auch wegen des verfehlten Verfahrens zur Berechnung seiner Höhe. Man wird aber nicht fehl gehen in der Annahme, daß auch das Allgemeine Landrecht das Schmerzensgeld als Entschädigung ansehe. Es gewährt einen Anspruch auf Schmerzensgeld nur Personen des Bauern- und gemeinen Bürgerstandes, dagegen soll bei Verletzung von Personen höheren Standes auf die Schmerzen nur bei der Strafzumessung Rücksicht genommen werden. Stobbe[163]) will aus diesen Bestimmungen schließen, daß das Allgemeine Landrecht das Schmerzensgeld als eine Privatstrafe ansehe, indem er wahrscheinlich glaubt, daß, wenn die Schmerzen in dem einen Falle der Verletzung höher stehender Personen einen Straferhöhungsgrund bildeten, die ihretwegen also etwa gezahlte Summe Geldes den Charakter einer Strafe habe, sie diesen Strafcharakter nicht ändern könne, wenn die Schmerzen nicht als Straferhöhungsgrund betrachtet, sondern ausgeschieden und besonders behandelt würden. Hiergegen ist zu sagen, daß nach der Auffassung des Allgemeinen Landrechts es für Personen höheren Standes nicht würdig erscheint, wenn sie sich für ihre Schmerzen eine Geldentschädigung geben lassen. Nur um auch ihnen eine volle Genugthuung zu geben, muß der Thäter bei der Verletzung von Personen höheren Standes wegen der Schmerzzufügung eine entsprechend höhere Strafe erleiden. Dies kann aber an dem Charakter des wirklichen Schmerzensgeldes als einer Entschädigung nichts ändern. Vom Standpunkt einer Strafe aber wäre auch die Bestimmung des Allgemeinen Landrechts ungerecht, weil die Strafe unabhängig von dem Stande des Verletzten eintreten muß, nach diesen Bestimmungen aber, weil ein Schmerzensgeld, also eine Erhöhung der Strafe, nur auf einen dahin gehenden Antrag zugesprochen wird, dann, wenn der Verletzte aus irgend welchen Gründen es unterlassen hatte, den diesbezüglichen Antrag zu stellen, bei Personen des Bauern- und gemeinen Bürgerstandes eine niedrigere Strafe eintreten würde. — Weil aber in der Bezahlung einer Entschädigungssumme an den Verletzten zugleich

---

gestandenen Schmerzen, jedoch nicht unter der Hälfte und nicht über den doppelten Betrag der erforderlichen Kurkosten richterlich zu bestimmen. — § 114: Bey Personen höheren Standes wird auf die dem Beleidigten durch die Mißhandlung verursachten Schmerzen nur bei Bestimmung der gesetzmäßigen Strafe Rücksicht genommen.

163) Stobbe, Deutsches Privatrecht, § 203 Anm. 28.

ein Nachteil für den Verletzer liegt, so wäre der Thäter im Falle der Verletzung höher gestellter Personen besser fortgekommen, als bei Verletzung von Personen niederen Standes, während es doch im Gegenteil den Anschauungen der damaligen Zeit mehr entsprochen hätte, hier eine schwerere Strafe eintreten zu lassen. Diesem Mißverhältnis sollte in irgend einer Weise abgeholfen werden.[164])

Wie wenig der zur Festsetzung der Höhe des Schmerzensgeldes im Allgemeinen Landrecht angegebene Maßstab dem Wesen des Schmerzensgeldes entspricht, wenigstens bezüglich der vorgeschriebenen Maximal- und Minimalgrenze, ist bereits oben (S. 22) ausgeführt worden.

Eine besonders eingehende Berücksichtigung hat das Schmerzensgeld in den Codificationen des Königreichs Sachsen gefunden. Das Criminalgesetzbuch von 1838[165]) spricht klar aus, daß das Schmerzensgeld eine Entschädigung ist, indem es sagt, daß die Schmerzen dem Beschädigten auf sein Verlangen von dem Verbrecher zu vergüten sind. Etwaige Mitschuldner haften solidarisch. Bei der Festsetzung der Höhe des eigentlichen Schmerzensgeldes soll der Richter nur die wahrscheinliche Größe der von dem Verletzten

164) Auch für das Gebiet des Allgemeinen Landrechts ist die Geltung dieser Vorschrift gegenüber dem die Standesunterschiede beseitigenden Artikel 4 der Preußischen Verfassungs-Urkunde bestritten. Allerdings hat sich das Obertribunal für den Fortbestand dieser Vorschrift, (wie auch der in A. L. R. Teil II, Titel 1 § 701 enthaltenen, derzufolge Personen des Bauern- und gemeinen Bürgerstandes wegen geringer Thätlichkeiten nicht geschieden werden) ausgesprochen, mit der Begründung, daß die betreffenden Bestimmungen keine wahren Standesvorrechte schafften, sondern nur die in gewissen Bevölkerungskreisen vorhandene Empfindungsweise in Betracht zögen.

165) Criminalgesetzbuch, Art. 140: Die mit einer absichtlich oder aus Fahrlässigkeit zugefügten körperlichen Verletzung verbundenen Schmerzen sind dem Beschädigten auf dessen Verlangen von dem Verbrecher durch eine von dem Richter zu bestimmende Geldsumme zu vergüten, zu deren Entrichtung die dazu verurteilten Mitschuldigen solidarisch verpflichtet sind. — Art. 141: Bei der Festsetzung derselben hat der Richter die wahrscheinliche Größe der von dem Verletzten erduldeten Schmerzen, sowie, insofern Letzterer sich nicht deshalb die besondere Ausführung vorbehält, die Folgen der Mißhandlung auf die Integrität des Körpers desselben und dessen künftige Lebensverhältnisse zu berücksichtigen. — Art. 142: Durch Zuerkennung eines solchen Schmerzengeldes werden dem Verletzten sonstige Entschädigungsansprüche nicht entzogen. Art. 143: Derjenige, welcher bei einem entstandenen Streite zuerst Thätlichkeiten gegen den Andern verübt hat, ist niemals zur Forderung von Schmerzengeld berechtigt.

erduldeten Schmerzen berücksichtigen, während die Folgen der Mißhandlung auf die Integrität des Körpers und auf die künftigen Lebensverhältnisse nur für die Bemessung des Schmerzensgeldes im weiteren Sinne, welches neben dem Schmerzensgeld im engeren Sinne auch das Wergeld und das Schädengeld umfaßt (S. 14) von Wichtigkeit sind. Sonderbarerweise hat aber die sächsische Praxis das Schmerzensgeld als Privatstrafe angesehen und behandelt, bis durch ein Gesetz vom 1. August 1856 ausdrücklich die Entschädigungsnatur desselben hervorgehoben wurde. Das sächsische Strafgesetzbuch wurde auch in Sachsen-Weimar, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Meiningen und Schwarzburg-Sondershausen eingeführt. Der § 111 des sächsischen Militärstrafgesetzbuches vom 5. April 1838 bestimmt über das Schmerzensgeld dasselbe, wie die Artikel 140—143 des Criminalgesetzbuches. Dieses letztere ist seit dem 1. Oktober 1856 im Königreich Sachsen durch ein neues Strafgesetzbuch, seit 1850 in den genannten vier thüringischen Staaten mit Ausnahme von Sachsen-Altenburg durch das sogenannte thüringische Strafgesetzbuch ersetzt worden, welche ihrerseits wieder durch das Reichsstrafgesetzbuch außer Kraft gesetzt sind, doch ist der Anspruch auf Schmerzensgeld auch in dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen sanctioniert.[166])

In welchem Sinne das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch das Schmerzensgeld auffasse, ob als Privatstrafe oder als Entschädigung, ist zweifelhaft, da der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhalt giebt.[167]) Unger will das Schmerzensgeld des österreichischen

166) Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch § 1489: Wer durch seine Verschuldung Jemanden an dessen Körper verletzt, ist verpflichtet, dem Beschädigten die Heilungskosten zu vergüten, ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen und wegen des entgangenen, auch, soweit Erwerbsunfähigkeit eintritt, wegen des künftig entgehenden Verdienstes, Schadenersatz nach richterlichem Ermessen zu leisten. — § 1490: Hat die Körperverletzung eine Verunstaltung oder Verstümmelung zur Folge, so ist auch deshalb Schadenersatz nach richterlichem Ermessen zu leisten. Der Anspruch darauf geht auf den Erben des Verletzten nur über, wenn dieser deshalb bereits Klage bei Gericht angebracht hat, oder wenn der Anspruch durch Vertrag festgestellt ist.

167) Österr. Allgem Bürg. Gesetz-Buch § 1325: Wer Jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten, ersetzt ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld.

Rechts als Privatstrafe aufgefaßt wissen: die Schmerzensgeldklage ist nach ihm die einzige Privatstrafe des österreichischen Rechts.[168]) Aber gerade deshalb, weil das österreichische Recht grundsätzlich die Privatstrafen beseitigt hat, erscheint es bei dem zweifelhaften Sinn der Gesetzesstelle als willkürlich, für das Schmerzensgeld eine Ausnahme von der allgemeinen Regel anzunehmen. Im Gegenteil liegt es näher, auch auf das Schmerzensgeld das allgemeine Princip der Beseitigung der Privatstrafklagen in Anwendung zu bringen und anzunehmen, daß, wenn der Gesetzgeber in dem Schmerzensgelde eine Privatstrafe gesehen hat, er diese Absonderlichkeit hervorgehoben hätte.

Das französische Recht und das badische Landrecht kennen ein Schmerzensgeld nicht.[169]) Doch bietet hier die compensation particulière à la souffrance, welche nach völlig freiem richterlichen Ermessen für den erlittenen körperlichen oder seelischen Schaden gewährt wird, die Möglichkeit, bei der Bemessung der Entschädigung des Verletzten auch auf die von demselben erlittenen Schmerzen billige Rücksicht zu nehmen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich gewährt, ohne den Ausdruck „Schmerzensgeld" zu verwenden, eine Entschädigung wegen Schmerzen, sowie wegen Freiheitsentziehung in dem § 847.[170])

---

168) Unger, System des österreichischen Privatrechts, Band II § 114.

169) Vgl. Code civil Art. 1382—1386.

170) Bürgerliches Gesetz-Buch für das Deutsche Reich § 847: Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt, oder daß er rechtshängig geworden ist.

Bocksch, Hugo

Die rechtliche Natur der gemeinrechtlichen Schmerzensgeldklage

Bromberg 1898